

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1190

(Ano XVI)

(24/02/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1190



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1190 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 346 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O STF é quem estabelece a competência do STF? ou a “síndrome do vigia megalômano”

Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

PEC 42/23 que proíbe candidatura de militares amputa direito: é inconstitucional tirar os direitos políticos das Forças Armadas e das polícias estaduais

Ives Gandra da Silva Martins, 19.

A alegação de propriedade em sede possessória

Yasmin Patrício da Costa Almeida, 23.

Programa de integridade no âmbito do Estado do Rio de Janeiro: Um panorama sobre a Lei Estadual nº 7.753/2017 e suas perplexidades

Sérgio Bousquet Filho, 45.

A responsabilidade civil do Estado por omissão no desastre de Mariana-MG

Lucas Vitor Góes, 52.

Dano extrapatrimonial coletivo: a quantificação do dano em lesões a interesses metaindividuais

Camila Pereira Barreto, 91.

Os direitos das mulheres transgênero no ordenamento jurídico brasileiro

Ingrid Lima Vieira, 115.

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

Marta Schwanck Fernandes, 135.

O princípio da liberdade nas relações familiares no direito brasileiro: uma análise à lei do planejamento familiar

Mariana Fernandes Triveloni, 181.

Prisão preventiva e o princípio da presunção da inocência

Luma Gomes Barbosa, 197.

A monogamia, o poliamor e o princípio da afetividade do direito de família: a falta de isonomia entre relacionamentos monogâmicos e não monogâmicos

Elizângela de Oliveira Queiroz, 217.

A ineficácia das medidas socioeducativas frente ao escopo punitivista do estado.

Julie Thaytê Santos dos Santos, 234.

Da capacidade postulatória ou da capacidade de representação do Delegado de Polícia

Joaquim Leitão Júnior, 250.

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

Suzana Maurício Nogueira, 259.

Possibilidade de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada de ofício

João Paulo Monteiro de Lima, 287.

Reflexões sobre a harmonização das noções do justo nos pluralismos jurídicos

Leticia Regina Anézio, 309.

Racismo de cor e injúria racial, crime próprio?

Jussara Teodosio, 324.

A urgência decorrente do ônus do tempo e a necessária identificação da “ratio decidendi” do Tema 988 para negar ou não seguimento a eventuais recursos interpostos com base em hipótese não contemplada pelo art. 1.015 do CPC.

Raphael Leandro Silva, 333.

O STF É QUEM ESTABELECE A COMPETÊNCIA DO STF? OU A “SÍNDROME DO VIGIA MEGALÔMANO”

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

“É que nos esquecemos que as miragens somente desvanecem quando encaradas de perto”. 2

“Temo somente uma coisa: não ser digno do meu tormento”. 3

Dentre as várias críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal e, em específico, ao Ministro Alexandre de Moraes, destaca-se a afirmação de que a Corte processa e julga pessoas que não são submetidas à sua competência originária.

Eis então que o Ministro Alexandre de Moraes, em entrevista, passa a pretender justificar a atuação da Corte contra tais pessoas nos casos que envolvem suposta tentativa de golpe em 08 de janeiro de 2023, sob a alegação de que, em suas palavras: “Quem decide o foro, quem decide se é competência ou não do STF? O STF”. Reforça sua tese com a alegação da existência de “conexão” entre as atuações de pessoas comuns e parlamentares com foro de prerrogativa de função perante o STF, o que, por força de normativa do Código de Processo Penal, determinaria a união de processos. 4

1 E-mail: cabette@uol.com.br

2 MATTA, Mauricio. *O Teu Coração é o Sol Reflexões e Poemas*. Guaratinguetá: Editora do Autor, 2023, p. 75.

3 DOSTOIÉVSKI, Fiodor Mikhailovitch, apud, FRANKL, Viktor E. *Em Busca de Sentido*. Trad. Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p.67. Embora não haja na obra de Dostoiévski a frase exata, pode-se dizer que a ideia contida nessa frase está bem expressa no livro de sua autoria, “Memórias do Subsolo”, onde o protagonista, um homem atormentado e cheio de amargura reflete sobre sua existência e se questiona sobre todo o seu sofrimento. Cf. DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Memórias do Subsolo*. Trad. Boris Schmaiderman. São Paulo: Editora 34, 2000, “passim”.

4 QUEM decide se é competência do STF é o próprio STF, diz Moraes sobre processos do 8 de janeiro. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-decide-se-e-competencia-do-stf-e-o-proprio-stf-diz-moraes-sobre-processos-do-8-de-janeiro/>, acesso em 29.01.2024. VALENÇA, Jéssica, STABILE, Arthur, MOREIRA, Matheus. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF. Porque é a

O grande problema de determinadas afirmações é que são apresentadas com aparência e mesmo com parcelas da verdade, mas ocultam ou dissimulam em meio a essa aparência e algumas verdades, erros e/ou falsidades. Por isso se diz que a melhor mentira é aquela que anda nas proximidades da verdade.

Começemos então pela verdade contida nas afirmações em estudo.

É verdade que não somente o STF, mas qualquer tribunal e mesmo juízo de primeiro grau “decide” sobre sua competência para o processo e julgamento de quaisquer casos que lhe são submetidos. Aliás, essa é uma das primeiras decisões que deve ser tomada pelo magistrado de qualquer grau de jurisdição acerca dos casos que lhe chegam para processo e julgamento. Realmente é o que se conclui dos artigos 108 e 109, CPP que tratam da “Exceção de Incompetência”. É o próprio juízo excepcionado que decide sobre sua competência, devendo tomá-la por termo se formulada verbalmente. Da decisão que conclui pela “incompetência do juízo” caberá Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, II, CPP, nas hipóteses em que a incompetência seja reconhecida de ofício pelo magistrado, mas há silêncio quanto à decisão que conclui pela “competência do juízo” nesses termos. Da decisão que julga procedente a “exceção de incompetência”, também cabe Recurso em Sentido Estrito, com sustento no artigo 581, III, CPP. Contudo, a decisão de ofício do magistrado por sua “competência” ou que afasta a “exceção de incompetência” não é prevista no rol taxativo do artigo 581, CPP, de modo que se trata de decisão irrecorrível, a ser discutida em preliminar recursal futura (v.g. apelação) ou, eventualmente, em ação autônoma de impugnação de “Habeas Corpus” de imediato, visando à preservação do “Princípio do Juiz Natural” (artigo 5º., XXXVII e LIII, CF) e nos termos do artigo 648, III e VI, CPP. 5

Portanto, é verdade que o próprio magistrado ou tribunal é quem “decide”, *ao menos inicialmente*, sobre sua competência ou não. Desde logo se vê que essa não é uma decisão que não pode ser reformada. Isso seja porque o magistrado pode reconhecer sua incompetência, inclusive de ofício, a qualquer momento em que a constate, ainda que

previsão expressa da Constituição, diz Alexandre de Moraes sobre atuação no 08/01. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/blog/julia-duailibi/post/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-alexandre-de-moraes-sobre-atuacao-no-81.ghtml> , acesso em 29.01.2024. GATTAI, Gianluca. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF, afirma Alexandre de Moraes. Disponível em https://gazetabrasil.com.br/justica/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-afirma-alexandre-de-moraes/#google_vignette , acesso em 29.01.2024. QUEM decide se é competência ou não do STF? O STF, esclarece Moraes. Disponível em <https://horadopovo.com.br/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-moraes/> , acesso em 29.01.2024.

5 MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1122 – 1123. BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 959.

inicialmente não a tenha declarado, nos termos do artigo 109, CPP. Seja também porque sua decisão, embora inicialmente irrecorrível quando se tratar de consideração de sua competência, pode ser objeto de discussão em preliminar recursal futura ou mesmo em sede de “Habeas Corpus”. Isso porque ao magistrado ou Tribunal é dado “decidir” sobre sua competência, mas não “determinar” sua competência, o que é matéria da Constituição Federal e da lei, com relação às quais juízes e Tribunais não passam de vassallos e obedientes guardiões. Afinal, o “Juiz Natural” nada mais é do que aquele previamente determinado pela Constituição e pela legislação. Não é aquele magistrado que por si mesmo determina sua competência à margem das normas legais.

É também verdade que essas hipóteses de discussão em preliminar recursal futura e “Habeas Corpus” são realmente bastante reduzidas quando se trata de competência reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque no Brasil este é a Corte Suprema, a última instância decisória, de modo que mesmo suas deliberações são reapreciadas por ele mesmo. Não obstante, isso não afasta o fato de que também o STF e seus Ministros não passam de funcionários públicos que devem vassalagem à Constituição e à lei, são guardiões, vigias e não proprietários das normas legais e constitucionais.

Dessa forma, como admite o próprio Ministro Alexandre de Moraes, não cabe ao STF deliberar por conta própria qual é ou não é a sua competência, mas o deve fazer com sustento na Constituição Federal, a qual é expressa a respeito disso. Deve ainda obedecer às normas processuais penais atinentes à matéria.

O Ministro acena com a chamada “Competência por Conexão” tendo em vista o suposto envolvimento de políticos com prerrogativa de função nos atos de 08 de janeiro de 2023. Realmente o Ministro não está “inventando” uma norma em que se basear. A “Competência por Conexão”, conforme mencionada por Alexandre de Moraes, é prevista expressamente no artigo 76, I, CPP, referindo-se à chamada “Conexão Intersubjetiva”, mais especificamente “por concurso” ou “conexão subjetiva concursal”.⁶ Isso tendo em vista que o Ministro alega que a competência por conexão se daria devido ao concurso de agentes para os atos, envolvendo, além de pessoas comuns, políticos com prerrogativa perante o STF. Isso seria fundamento para que as pessoas sem prerrogativa fossem também processadas e julgadas, por “vis atractiva” perante a Corte Suprema (a “força atractiva” da competência por prerrogativa levaria o processo e julgamento de pessoas comuns ao STF).

Essas alegações que contêm verdades quase indiscutíveis dão uma aparência de legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal e do próprio Ministro em destaque. Isso porque realmente estabelece expressamente a Constituição Federal a competência originária do STF para o processo e julgamento de Parlamentares Federais em Crimes

⁶ BONFIM, Edilson Mougenot, Op. Cit., p. 213 – 214.

Comuns (vide artigo 102, I, “b”, CF). Em havendo “conexão concursal” de Parlamentares Federais com pessoas comuns, seria aplicável o disposto no artigo 76, I, CPP, que ensejaria “vis atractiva” excepcional à competência do STF para processar e julgar pessoas que, em regra, não seriam submetidas à sua jurisdição originária, mas tão somente recursal extraordinária.

É preciso salientar, porém, que há dissenso quanto à possibilidade de reconhecimento da atratividade do foro por prerrogativa estabelecido pela Constituição Federal somente para certos cargos, passando a abarcar pessoas sem prerrogativa constitucional por força de normas ordinárias (Código de Processo Penal). Alega-se que as diretrizes de conexão e continência, bem como de conflito de competência do Código de Processo Penal não podem alterar as regras de competência estabelecidas pela Carta Magna. Isso equivaleria a sobrepor a legislação ordinária às normas constitucionais, numa verdadeira inversão hierárquica do ordenamento jurídico. Além disso, acena-se com prejuízo àqueles que não detêm a prerrogativa, pois que se processados e julgados no primeiro grau teriam maior amplitude recursal, enquanto que ao serem alçados diretamente à competência originária, acabariam ficando restritos, após o julgamento inicial, somente a eventuais recursos regimentais (agravos) e à estreita via recursal extraordinária (Recurso Especial –STJ e/ou Recurso Extraordinário – STF).

Em virtude disso já firmou o Supremo Tribunal Federal que a regra será o “desmembramento” dos processos, sendo julgados no Tribunal de prerrogativa somente o detentor do privilégio, de modo que os demais são remetidos ao primeiro grau de jurisdição normalmente (STF, Inq. 3515/SP, j. 13.02.2014).

Malgrado isso, o próprio Supremo Tribunal Federal admite que em casos excepcionais, a exigirem julgamento conjunto, com risco de grave prejuízo à prestação jurisdicional e à segurança jurídica (eventualidade de decisões contraditórias), a regra geral seja excepcionada. E quem é responsável pela decisão irrecurável de julgamento conjunto, bem como avaliação dessa necessidade é o próprio Tribunal com prerrogativa, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal.

Tomada pelo Tribunal respectivo, como no caso concreto sob análise, a decisão de julgamento conjunto, não se tem admitido a alegação de nulidade, havendo até mesmo Súmula do Supremo Tribunal Federal regulando a matéria. Senão vejamos:

Súmula 704, STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

Ademais essa espécie de conduta de opção pelo julgamento conjunto tem sido adotada reiteradamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal:

No caso da Ação Penal 470/MG ("Mensalão"), existiam alguns acusados que eram Deputados Federais e outros que não tinham foro por prerrogativa de função.

A defesa pediu que houvesse o desmembramento dos julgamentos, mas o STF rejeitou o pleito e decidiu que todos os réus (com e sem foro privativo) deveriam ser julgados pelo STF no mesmo processo.

O STF entendeu que se houvesse o desmembramento, existiria a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias. Outro argumento foi o de que eventual remessa dos autos ao juízo de 1ª instância provocaria excessiva demora no julgamento, dada a complexidade da causa e a quantidade de informações envolvidas (AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, questão de ordem julgada nos dias 2 e 3.8.2012).

Vale ressaltar que, da mesma forma como foi decidido no caso do "Mensalão", havia outros precedentes do STF também determinando o julgamento em conjunto de todos os réus. A título de exemplo: Inq 2601 QO, julgado em 20/10/2011; Inq 2704, julgado em 17/10/2012; AP 674 AgR, julgado em 04/04/2013. 7

Agora cabe, fazendo referência à epígrafe que encabeça este texto, olhar mais de perto a miragem para desvanecer sua potência ilusória.

É visível que tudo nos pretensos fundamentos de Alexandre de Moraes, depende de demonstração concreta e palpável do envolvimento de Parlamentares Federais e mais, de seu liame com as pessoas comuns nos atos submetidas ao processo e julgamento respectivo. É exatamente aí que a miragem se desvanece por completo e o oásis de fundamentos do Ministro se apresentada, na realidade, como um deserto de motivações jurídicas.

7 A REGRA geral é de que haja o desmembramento dos processos quando houver corréus sem prerrogativa de foro no STF. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2014/02/a-regra-geral-e-de-que-haja-o.html>, acesso em 17.06.2023. Despiciendo dizer que o entendimento da regra do desmembramento e da exceção viável do julgamento conjunto de acordo com o caso concreto é válida não somente para casos de prerrogativa perante o STF, mas diante de qualquer Tribunal com competência originária constitucionalmente estabelecida (v.g. TJ, TRF, STJ etc.).

Diversos Parlamentares Federais foram apontados numa fase inicial, meramente investigatória, como envolvidos direta ou indiretamente nos atos. No entanto, todas essas hipóteses de envolvimento de Parlamentares Federais foram afastadas e arquivados os casos. Não há nos processos nenhum Parlamentar Federal ou qualquer pessoa com prerrogativa de função denunciada. Muito menos foi possível comprovar qualquer espécie de liame entre as pessoas comuns envolvidas e indivíduos com prerrogativa de função. 8 O que existe são tão somente *narrativas e hipóteses que se pretendem sobrepor aos fatos*. Nada mais do que aquilo que Cordero chamou de “primado das hipóteses sobre os fatos”. 9 Já restou estabelecido que não existe nem envolvimento nem muito menos liame algum entre pessoas comuns e Parlamentares Federais. O Ministro, em suas decisões, menciona casos já afastados pelas investigações da Polícia Federal e com pedido de arquivamento pela PGR (Ministério Público), titular da ação penal. Essas pretensas “fundamentações” para forçar a competência do STF sobre pessoas comuns são absolutamente improcedentes e podem, sem exagero, ser classificadas como um procedimento de “bipolaridade jurídica” (A referência metafórica aqui é exatamente ao “Transtorno Bipolar”, “condição de saúde mental” marcada “por mudanças extremas de humor”, da euforia à depressão profunda, 10 na hipótese, o emprego de casos já com manifestação negativa como se fossem passíveis de servir de fundamento. O mundo jurídico estaria afetado então, “mutatis mutandis”, por uma espécie de “bipolaridade de convicção”). Nesse passo, não há fundamentação consistente para a manutenção da competência do STF, não há a menor demonstração de envolvimento de pessoas com prerrogativa de função, não há denunciados dessa espécie em conjunto com os demais réus em nenhum dos processos, muito menos há comprovação mais mínima que seja de algum liame entre os implicados.

Há também a *narrativa* de suposto envolvimento do ex – Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, mas também sem qualquer espécie de comprovação fático – jurídica e, ainda que houvesse, seria preciso atentar para que Bolsonaro é um ex – Presidente e, portanto, não mais submetido à competência originária do STF, a qual cessa com o fim do mandato. Neste sentido: “Súmula 451-STF: A **competência especial por**

8 Em reportagem da Folha de São Paulo fica claro e evidente que todos os casos de supostos envolvimento de Parlamentares foram desmentidos e excluídos seja pela Polícia Federal, seja pela Procuradoria Geral da República, não havendo o mais mínimo estofamento para as alegações do Ministro Alexandre de Moraes. **O Ministro chega a citar casos com pedido ministerial de arquivamento em suas decisões para manter réus sem prerrogativa no STF.** Cf. REZENDE, Constança, ROCHA, Marcelo. Moraes usa casos de deputados com pedidos de arquivamento para manter réus do 08/01 no STF. Disponível em <https://www.google.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2024/01/moraes-usa-casos-de-deputados-com-pedidos-de-arquivamento-para-manter-reus-do-81-no-stf.shtml> , acesso em 29.01.2024.

9 CORDERO, Franco. Guida alla Procedura Penale. Torino: UTET, 1986, p. 51.

10 TRANSTORNO Bipolar. Disponível em <https://www.pfizer.com.br/sua-saude/sistema-nervoso-central/transtorno-bipolar> , acesso em 29.01.2024.

prerrogativa de função não se estende ao **crime** cometido após a **cessação definitiva do exercício funcional**". E ainda que os fatos enfocados tivessem ocorrido durante o exercício do mandato, a Súmula 394, STF foi cancelada. Isso em data de **15.09.2005** – Plenário do STF (votação por maioria 7X3) declarou a **inconstitucionalidade** dos §§ 1º e 2º, do art. 84, CPP. O STF considerou a edição da Lei 10.628/02 uma clara reação de afronta do legislativo ao cancelamento da Súmula 394, STF. Segundo a decisão enfocada, somente por emenda constitucional e não por lei ordinária poder-se-ia criar novos casos de foro por prerrogativa de função.

A partir dessa decisão do STF ficou estabelecida a seguinte situação:

a) **Não existe** foro por **prerrogativa de função** para os **casos de Improbidade Administrativa**;

b) O foro por **prerrogativa de função não se estende mais para os ex – ocupantes de cargos**, não importando se o **ilícito penal é comum ou relativo ao exercício do cargo e muito menos para os casos de Improbidade Administrativa**.

A única hipótese de manutenção da prerrogativa de função ocorrerá quando mesmo findo o mandato ou o exercício do cargo já estiver o processo em fase de alegações finais. Ademais a prerrogativa de função só é admitida para casos que envolvam ilícitos relacionados ao exercício funcional e não a crimes comuns que não tenham relação com o cargo. Isso ficou estabelecido no Julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 STF – Rio de Janeiro, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso, em data de 03.05.2018.
11

Recentemente ações atabalhoadas de busca e apreensão sem devida fundamentação, gerando inclusive reações de lideranças do Senado Federal, parecem representar esforços desesperados para perpetuar as hipóteses, sem sustento em fatos concretos, de envolvimento de Parlamentares Federais. 12 E ainda que tais ações fossem efetivas, não seria possível retroagir seus efeitos aos casos pretéritos em uma espécie de retroalimentação de pretensa fundamentação de conexão e liame. Essas empreitadas somente fazem explicitar ainda mais a absoluta falta de sustento, legitimidade, legalidade e constitucionalidade da autodeclaração de competência do Supremo Tribunal Federal

11 QUESTÃO de ordem na Ação Penal STF 937 – Rio de Janeiro. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> , acesso em 29.01.2024.

12 AZEVEDO, Tatiana. Oposição pressiona por CPI de Abuso de Autoridade após operação contra Jordy. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/oposicao-pressiona-por-cpi-do-abuso-de-autoridade-apos-operacao-contrajordy/> , acesso em 29.01.2024. ÉBOLI, Evandro. Em reação a "silêncio" de Lira, Jordy é reconduzido a líder da oposição. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/01/6792322-em-reacao-a-silencio-de-lira-jordy-e-reconduzido-a-lider-da-oposicao.html> , acesso em 29.01.2024.

para processar e julgar cidadãos comuns que não são submetidos à sua competência ordinária e originária, com fulcro em uma não comprovada ligação destes com Parlamentares Federais.

O vazio que constituem as alegações de conexão com Parlamentares Federais para embasar a competência constitucional do STF na configuração de “vis atractiva”, acaba entrando em colisão com a própria jurisprudência da Corte que estabelece o seguinte:

“Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais” (AP 933 QO, rel. min. **Dias Toffoli**, 2ª T, j. 6-10-2015, DJE 20 de 3-2-2016). 13

Na verdade todos esses processos com andamento perante o STF e tendo como sujeitos passivos processuais pessoas comuns são nulos de pleno direito por incompetência absoluta “ratione personae”.

A insistência em manter pessoas comuns sob a jurisdição do STF e *criar* argumentos para isso com fundamentos dotados de *aparência* de legitimidade é algo assustador porque revelador de uma *vontade de poder* incompatível com qualquer sentimento democrático e afim de uma tendência ditatorial e até totalitária. Como bem aduz Tressler:

“Qualquer idiota pode admitir que está errado e se desculpar, mas é preciso uma força genuína para defender até a morte algo que a gente sabe que está errado, e lutar por isso”. 14

Parece que não somente o Ministro Alexandre de Moraes, mas muitos magistrados do STF e de outros tribunais e juízos 15 vêm sofrendo do que ousamos denominar “Síndrome do Vigia Megalômano”. Um simples vigia de uma residência, um mero caseiro ou coisa parecida, toma posse do imóvel, passa a viver e dispor dele como proprietário,

13 Cf. STF Jurisprudência selecionada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2662#:~:text=Para%20que%20haja%20a%20atra%C3%A7%C3%A3o,da%20prerrogativa%20em%20il%C3%ADcitos%20penais.> , acesso em 29.01.2024.

14 TRESSLER, Irvind D. *Como Perder Amigos & Irritar Pessoas*. Trad. Raul Martins, José Lima e Felipe Denardi. Campinas: Auster, 2019, p. 114.

15 O mau exemplo dos Tribunais Superiores se alastra por um processo de “contaminação hierárquica”. Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Mundo Jurídico Hierarquicamente Contaminado. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-mundo-juridico-hierarquicamente-contaminado/1904975618> , acesso em 29.01.2024.

confundindo suas verdadeiras atribuições. A diferença é que quando se trata de um mero vigia ou caseiro, uma reintegração de posse e até mesmo um processo criminal e prisão em flagrante por violação de domicílio resolve facilmente o caso. Mas, quem vigia os vigias da Constituição e das leis para que sejam curados dessa “Síndrome de Megalomania”, especialmente quando o mal se manifesta numa Corte Suprema que é a última palavra em termos de jurisdição? Lembrando que Moraes se refere a uma pretensa “conexão” para justificar seus atos, talvez fosse melhor que os magistrados se esforçassem para cultivar a “continência”, não no sentido jurídico – processual do termo na área de competência, mas no sentido vernacular de autocontenção, de controle de si mesmo, autodomínio, moderação, comedimento, limitando-se assim ao cumprimento de seus deveres de acordo com a Constituição e as leis, independentemente de quaisquer circunstâncias, interesses subalternos ou afeições.

Neste e em outros casos essa “força genuína” de lutar por aquilo que se sabe estar errado (ao menos se deveria saber), tem ocasionado situações de perversão jurídica e até mesmo ética aparentemente, até o momento, incontornáveis, de modo a levar-nos a um profundo desânimo, diante da prevalência da força e arbítrio sobre o Direito e a Justiça. Entretanto, não somente em nome da Justiça, mas até mesmo em defesa dos ensinamentos do Direito que chegam a estudantes, gerando confusão, descrédito, insegurança e lições equivocadas, não nos é permitido moralmente uma postura “perinde ac cadáver” (“como um cadáver”) – locução latina que denota uma submissão extrema e completa.

Nossa missão de esclarecimento crítico tem sido um exercício quase isolado e solitário de Sísifo, aquele personagem mitológico condenado a levar uma pesada pedra ao cume de uma montanha, sendo que a tal pedra sempre rola novamente para o sopé e ele é obrigado a levá-la de volta eternamente sem resultado. Mas, como lembra Camus, em seu livro “O Mito de Sísifo”, muitas vezes a humanidade mais bela e virtuosa do homem não está em alcançar fins imediatos, mas no percorrer o caminho com humildade, tenacidade e paciência. Fato é que “a própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem”. Imaginemos então “Sísifo feliz”.¹⁶ E concluamos com Machado, cientes de que “o próprio do heroísmo não é a segurança do triunfo, senão a fervorosa aspiração a merecê-lo” (tradução livre).¹⁷ Sem prejuízo e por derradeiro, retomemos a segunda epígrafe a este texto, esperando ser dignos de nossos tormentos.

REFERÊNCIAS

¹⁶ CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 141.

¹⁷ No original: “Lo próprio del heroísmo no es la seguridad del triunfo, sino la ferviente aspiracion a merecerlo”. MACHADO, Antonio. *Poesía Completa*. Barcelona: Penguin Random House, 2023, p. 16.

A REGRA geral é de que haja o desmembramento dos processos quando houver corrêus sem prerrogativa de foro no STF. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2014/02/a-regra-geral-e-de-que-haja-o.html> , acesso em 17.06.2023.

AZEVEDO, Tatiana. Oposição pressiona por CPI de Abuso de Autoridade após operação contra Jordy. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/oposicao-pressiona-por-cpi-do-abuso-de-autoridade-apos-operacao-contrajordy/> , acesso em 29.01.2024.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Mundo Jurídico Hierarquicamente Contaminado. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-mundo-juridico-hierarquicamente-contaminado/1904975618> , acesso em 29.01.2024.

CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Memórias do Subsolo*. Trad. Boris Schmaiderman. São Paulo: Editora 34, 2000.

ÉBOLI, Evandro. Em reação a “silêncio” de Lira, Jordy é reconduzido a líder da oposição. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/01/6792322-em-reacao-a-silencio-de-lira-jordy-e-reconduzido-a-lider-da-oposicao.html> , acesso em 29.01.2024.

FRANKL, Viktor E. *Em Busca de Sentido*. Trad. Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GATTAI, Gianluca. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF, afirma Alexandre de Moraes. Disponível em https://gazetabrasil.com.br/justica/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-afirma-alexandre-de-moraes/#google_vignette , acesso em 29.01.2024.

QUEM decide se é competência ou não do STF? O STF, esclarece Moraes. Disponível em <https://horadopovo.com.br/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-moraes/> , acesso em 29.01.2024.

MACHADO, Antonio. *Poesía Completa*. Barcelona: Penguin Random House, 2023.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTA, Mauricio. *O Teu Coração é o Sol Reflexões e Poemas*. Guaratinguetá: Editora do Autor, 2023.

QUEM decide se é competência do STF é o próprio STF, diz Moraes sobre processos do 8 de janeiro. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-decide-se-e-competencia-do-stf-e-o-proprio-stf-diz-moraes-sobre-processos-do-8-de-janeiro/>, acesso em 29.01.2024.

QUESTÃO de ordem na Ação Penal STF 937 – Rio de Janeiro. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>, acesso em 29.01.2024.

REZENDE, Constança, ROCHA, Marcelo. Moraes usa casos de deputados com pedidos de arquivamento para manter réus do 08/01 no STF. Disponível em <https://www.google.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2024/01/moraes-usa-casos-de-deputados-com-pedidos-de-arquivamento-para-manter-reus-do-81-no-stf.shtml>, acesso em 29.01.2024.

STF Jurisprudência selecionada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2662#:~:text=Para%20que%20haja%20a%20atra%C3%A7%C3%A3o,da%20prerrogativa%20em%20il%C3%ADcitos%20penais.>, acesso em 29.01.2024.

TRANSTORNO Bipolar. Disponível em <https://www.pfizer.com.br/sua-saude/sistema-nervoso-central/transtorno-bipolar>, acesso em 29.01.2024.

TRESSLER, Irvind D. *Como Perder Amigos & Irritar Pessoas*. Trad. Raul Martins, José Lima e Felipe Denardi. Campinas: Auster, 2019.

VALENÇA, Jéssica, STABILE, Arthur, MOREIRA, Matheus. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF. Porque é a previsão expressa da Constituição, diz Alexandre de Moraes sobre atuação no 08/01. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/blog/julia-duailibi/post/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-alexandre-de-moraes-sobre-atuacao-no-81.ghtml>, acesso em 29.01.2024.

PEC 42/23 QUE PROÍBE CANDIDATURA DE MILITARES AMPUTA DIREITO: É INCONSTITUCIONAL TIRAR OS DIREITOS POLÍTICOS DAS FORÇAS ARMADAS E DAS POLÍCIAS ESTADUAIS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifieo, UniFMU, do Ciee/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁸.

A proposta de emenda (PEC 42/23), patrocinada pelo governo Lula, tramita no momento no Senado. Ela foi pensada como uma medida para tentar reduzir a politização das Forças Armadas. "Os militares não são cidadãos de segunda categoria por terem escolhido a carreira das armas", afirma Ives Gandra Martins em seu parecer ao Senador Mourão.

Consulta-me o senador Hamilton Mourão sobre a PEC 42/23, que pretende eliminar o direito de pleno exercício da cidadania e de direitos políticos de militares das Forças Armadas e das polícias estaduais, alterando cláusula pétrea da Lei Suprema (artigo 60, §4º, inciso IV).

Nesta esteira, segundo o texto inicial da referida PEC, o artigo 14 passaria a dispor nos seguintes termos:

"Art. 14. (...)

§ 8º Os militares alistáveis dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são elegíveis, atendidas as seguintes condições:

(...)

¹⁸Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia), doutor honoris causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs PR e RS, catedrático da Universidade do Minho (Portugal), presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP e ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp)
arcs@gandramartins.adv.br

§ 8º-A O militar alistável das Forças Armadas é elegível e, no ato do registro da candidatura, fica transferido para a:

I – reserva não remunerada, se não preencher as condições de transferência a pedido para a inatividade remunerada; ou II – reserva remunerada, se preencher as condições de transferência a pedido para a inatividade remunerada.
(...)”

Resposta

Em breve opinião legal, respondo ao ilustre parlamentar minha opinião a respeito.

Todo o Título II da Constituição (artigos 5º a 17) é considerado o mais relevante da Lei Suprema.

É que uma Constituição é destinada ao povo, cabendo aos governantes servirem-no, pois para isto, numa democracia, foram pelo povo escolhidos.

Ora, o referido título é dedicado aos direitos e garantias fundamentais, sendo o disposto no artigo 5º, que enumera grande parte dos direitos individuais, e os artigos 12 a 17 dedicados à nacionalidade e à cidadania (direitos políticos), os que completam o elenco e dimensão do ser social que é o homem, ou seja, como indivíduo e como integrante do meio em que vive e exerce sua cidadania.

Tenho para mim, nada obstante, posições doutrinárias contrárias, que também os direitos sociais complementam as garantias fundamentais da pessoa humana (cidadão ou residente), sendo expressão sobrevivencial da espécie, colocando-os, portanto, entre os direitos individuais, aqueles do artigo 6 a 11.

Não sem razão, deu o constituinte ao Título II a denominação de “Dos Direitos e garantias fundamentais”.

Assim sendo, entendo que — e foi esta a posição de Celso Bastos e minha, nos comentários que fizemos pela Saraiva de 1988 a 1998, em 15 volumes e em torno de 10 mil páginas, da Carta da República —, o indivíduo, sua nacionalidade, cidadania e dimensão laboral conformam a integridade de sua personalidade, que ficaria amputada se qualquer destas dimensões lhe fosse tirada.

Nos 20 meses da Constituinte, muitas vezes consultados por constituintes, pelo presidente Ulysses Guimarães e relator Bernardo Cabral, sobre participarmos de audiências públicas, foi o que sentimos dos dois naqueles trabalhos em que parlamentares e especialistas atuaram intensamente.

Na ocasião, decidiram os elaboradores do texto máximo que as duas cláusulas pétreas da Constituição anterior (República e Federação) deveriam ser alargadas, consideravelmente; daí surgindo o artigo 60, §4º da Carta Magna com a seguinte dicção:

Art. 60. 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.

Entendo até mesmo que o §4º, ao falar em direitos e garantias individuais, isto é, pertencentes a todos os cidadãos, residentes e pessoas no território nacional, que teriam proteção sob determinados aspectos legais, que a imodificabilidade constitucional estender-se-ia além do Título II, sempre que direitos fundamentais de dimensão individual fossem atingidos, como, por exemplo, no tópico do artigo 150, em que se percebe esta extensão, sendo o seguinte o seu discurso:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...).

O certo, todavia, é que os direitos e garantias fundamentais podem ser acrescidos, mas não há possibilidade constitucional de reduzi-los sem que seja ferido drasticamente o direito do indivíduo em uma democracia. É, para mim, cláusula pétreia todos os direitos individuais garantidos pela Lei Suprema, estando entre eles, enquanto houver democracia no país, o direito de poder exercer a cidadania em sua plenitude nos termos da Lei Suprema aprovada em 05/10/1988.

Ora, o § 8º do artigo 14 da Constituição versado está como se segue:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

É que a cidadania é a dimensão maior do ser gregário, que é o ser humano, pois de poder viver e decidir no ambiente que vive.

Ora, se a simples inscrição para concorrer nas eleições fará o militar perder todos os direitos de sua carreira, inclusive o de remuneração na reserva ou não, se houver pedido para a inatividade, há uma imensa diminuição de direitos da cidadania incompatível com um Estado Democrático de Direito.

PEC é inconstitucional, pois retira direito de cidadãos

Tornar o militar, enquanto na ativa — que exerce função tão relevante, a ponto de o constituinte de 88 ter denominado o Título V dedicado às Forças Armadas, policiais militares e guardas municipais de “Da Defesa Do Estado e das Instituições Democráticas” —, um cidadão amputado na sua ampla cidadania é macular drasticamente o direito maior que os cidadãos tem numa real democracia, razão pela qual entendo que a PEC 42/23 é de manifesta inconstitucionalidade.

O §8º não pode ser modificado, pois garante direito que não pode ser decepado do exercício da cidadania.

Os militares não são cidadãos de segunda categoria por terem escolhido a carreira das armas. Não podem ser desconsiderados pela sociedade como párias inúteis no exercício da cidadania, sem direito de concorrer a cargos públicos para servir o país de outra forma, a não ser com perda de direitos adquiridos em sua carreira militar.

Certa vez, o ministro Francisco Rezek, em audiência na Suprema Corte, ao detectar uma manifesta inconstitucionalidade, utilizou-se da seguinte imagem, dizendo que a fumaça do bom direito era tão forte contra a lei impugnada que ele mal conseguia ver os ministros que se encontravam na bancada oposta no plenário físico da instituição.

É como vejo esta PEC que pretende reduzir a nobreza de uma função que os constituintes, no Título V, consideraram relevante para a defesa da pátria e das instituições, tornando os militares cidadãos inexpressivos, de segunda categoria, com restrições ao sagrado direito, num regime democrático, de concorrer às eleições.

A ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE EM SEDE POSSESSÓRIA

YASMIN PATRICIO DA COSTA ALMEIDA:
Pós-graduada em Direito Processual Civil e
Direito Processual Penal¹⁹

PATRICIA ESTEVES DE MENDONÇA

(orientadora)

RESUMO: Claramente visando a proteção do instituto da posse é que o legislador, via de regra, não admite a alegação de propriedade no curso de uma ação possessória. No entanto, considerando resquícios de uma antiga interpretação trazida pelo Código Civil de 1916, a matéria tem sido alvo de divergências em sede de doutrina e jurisprudência, de modo que alguns doutrinadores admitem duas hipóteses de exceção, ou seja, quando duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias, enquanto outros aceitam em um ou outro caso. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende possível a alegação de domínio nas duas hipóteses, enquanto que para Superior Tribunal de Justiça somente será possível se a posse é disputada com fundamento no domínio.

Palavras-chave: Posse. Exceção de domínio. Propriedade.

SUMÁRIO: Introdução; 2. O instituto da posse; 2.1 Conceito; 2.2 Natureza jurídica 2.3 Classificações da posse; 2.3.1 Posse direta e posse indireta; 2.3.2 Posse exclusiva e composesse; 2.3.3 Posse justa e posse injusta; 2.3.4 Posse de boa-fé e posse de má-fé; 2.3.5 Posse nova e posse velha; 2.3.6 Posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*; 3. Efeitos da posse; 3.1 Percepção dos frutos; 3.2 Responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; 3.3 Indenização das benfeitorias e o direito de retenção; 3.4 Direito à usucapião; 4. Formas de defesa da posse; 4.1 Ação de manutenção de posse; 4.2 Ação de reintegração de posse; 4.3 Interdito proibitório; 5 A exceção de domínio; 5.1 Conceito de propriedade; 5.2 Diferença entre posse e propriedade; 5.3 Distinção entre juízo possessório e juízo petitório; 5.4 Entendimento doutrinário e jurisprudencial; 6. Conclusão; 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo uma análise acerca da invocação de propriedade no âmbito do juízo possessório. Isto porque, via de regra, no curso de uma ação possessória não é admitido ao proprietário defender seu direito com base no título

¹⁹ E-mail: yasmin_paty@hotmail.com

que possui, ou seja, em sede possessória não se discute propriedade. No entanto, a doutrina e a jurisprudência admitem duas exceções, quais sejam: quando ambas as partes discutem a posse com base na propriedade ou quando restar duvidosa a posse entre ambos os litigantes. Destarte, os posicionamentos divergem quanto a aplicação dessas exceções.

No transcorrer do trabalho, serão abordados tópicos com o fito de melhor elucidar o tema. Inicialmente, será feita uma breve consideração acerca do instituto da posse, seus conceitos e classificações. Posteriormente, serão discutidos seus efeitos, bem como suas principais formas de defesa, destacando-se a ação de manutenção de posse, a ação de reintegração de posse e o interdito proibitório.

Por fim, no último capítulo trataremos da exceção de domínio, principal objeto de estudo deste trabalho. Antes, porém, pontuar-se-á o conceito de propriedade e as diferenças entre juízo possessório e juízo petitório.

A alegação de propriedade em sede possessória é tema relevante nos dias atuais, pois frequentemente tem-se observado no curso de ações possessórias a presença do proprietário como parte na demanda. Em razão disso, é interessante conhecer as hipóteses em que este poderá se utilizar de seu título para a defesa de sua posse.

Ademais, sobre o assunto, a doutrina diverge, de modo que alguns admitem as duas hipóteses de exceção, ou seja, quando duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

2. O INSTITUTO DA POSSE

Instituto mais controvertido do Direito, a posse nos dias atuais ainda ocasiona muitos conflitos no mundo jurídico, considerando a grande divergência doutrinária no decorrer de seu estudo. Apesar de regulamentado o tema, o legislador deixou diversas lacunas na norma, cabendo à doutrina e jurisprudência sua interpretação. Em razão disso, há dissentimento quanto a sua origem, conceito, natureza jurídica e demais definições.

Inicialmente urge esclarecer o fundamento da proteção possessória. Isto porque antes de começar a discorrer sobre o assunto, é importante compreender qual a finalidade da legislação em proteger a posse, considerando que seu reconhecimento é admitido quando confrontado com direitos mais amplos, como a propriedade.

Sobre esse tópico, o doutrinador Alexandre Freitas Câmara ensina que a posse é um direito, portanto merece um remédio processual capaz de assegurá-lo. Não obstante, quando confrontada com a propriedade que não cumpre sua função social, a posse merece

proteção jurídica, haja vista que exerce essa função. Assim, a causa da tutela possessória seria a própria posse[1].

Por outro lado, reza o ilustre professor Silvio Rodrigues que a posse apresenta uma situação de fato protegida pelo legislador com o fito de evitar a violência e preservar a harmonia social[2].

Ademais, o estudo sobre a natureza jurídica da posse será visto mais adiante em tópico específico, eis que é matéria controvertida na doutrina.

2.1. CONCEITO

No decorrer da história muitas teorias surgiram buscando conceituar o instituto da posse, apesar disso o tema continua sendo altamente discutido. No entanto, merecem destaque a teoria subjetiva criada pelo ilustre jurístico Friedrich Karl von Savigny e a teoria objetiva do doutrinador Rudolf von Ihering.

Para o jurista Savigny a posse é "*o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem*"[3]. Dessa forma, a posse seria o conjunto de dois elementos: o *corpus*[4], elemento objetivo que caracteriza o poder físico sobre a coisa, e o *animus*[5], elemento subjetivo que consiste no propósito de ter a coisa como sua.

Já segundo a teoria do mestre Ihering, a posse é caracterizada somente pela presença do elemento *corpus*, ou seja, basta que a pessoa tenha conduta de dono da coisa. Nesse sentido, o prestigiado doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica que "tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*."[6]

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 adotou a posição do jurista Ihering, nos termos do artigo 1.196 do referido diploma legal, "*in verbis*"[7]: "*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade*". [8]

Isto posto, para os efeitos da lei civilista o conceito de posse é objetivo, ou seja, a simples vontade de agir como proprietário da coisa, independente de ser o dono, já caracteriza o direito. Por conseguinte, o locatário que mora em um imóvel sem ter a intenção de ser seu dono, mas procede em relação a coisa como se proprietário fosse, é considerado possuidor.

Por fim, o professor Alexandre Freitas Câmara explica que devemos compreender a posse como o poder de fato sobre a coisa exercido por aquele que age como verdadeiro proprietário do bem[9].

2.2. NATUREZA JURÍDICA

Conforme vislumbrado anteriormente, a controvérsia acerca da natureza jurídica da posse cinge-se na possibilidade de ser ela um fato ou um direito. Discute-se ainda se teria natureza de direito real ou direito pessoal.

Sustenta o mestre Savigny que a posse é um fato e um direito, sendo considerada em si mesma um fato e em relação aos efeitos que produz (a usucapião e os interditos) um direito[10].

Em contrapartida o jurista Ihering entende que a posse é um direito, uma vez que trata de um interesse juridicamente protegido. Essa definição foi aceita pelo Código Civil de 2002 e partilhada por diversos doutrinadores, entre eles, Teixeira de Freitas, Demolombe, Sintenis, Molitor Pescatore, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira[11].

Noutro giro, considerando a posse como um direito, passamos a discutir se possui natureza de direito real ou pessoal.

Nesse aspecto, o ilustre educador Silvio Rodrigues entende que a posse não pode ser considerada um direito real porque não figura na enumeração do artigo 1.225 do Código Civil, tratando-se de rol taxativo[12].

No sentido oposto, defende o mestre Alexandre de Freitas Câmara que a posse é um direito real, visto que detêm todas as características dos direitos dessa natureza, quais sejam: oponibilidade *erga omnes*[13], indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado e etc.[14]

2.3. CLASSIFICAÇÕES DA POSSE

Examinados os conceitos e fundamentos do direito possessório, passa-se ao conhecimento das suas classificações para melhor compreensão do instituto e seus efeitos jurídicos. Ressalte-se que as considerações serão breves, vez que o principal objeto deste trabalho é a aplicação da exceção de domínio no direito brasileiro.

2.3.1. Posse direta e posse indireta

Conforme leciona o professor Flávio Tartuce, a posse direta é aquela exercida por quem tem o poder físico imediato sobre a coisa, enquanto a indireta trata de mero exercício de direito exercido por outra pessoa decorrente da propriedade. Como exemplo, em um contrato de locação, o locador seria o possuidor indireto e o locatário o possuidor direto.[15]

O fundamento para a aludida classificação encontra-se no artigo 1.197[16] do Código Civil de 2002, *“in verbis”*[17]:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

2.3.2. Posse exclusiva e composses

Posse exclusiva é aquela em que apenas uma pessoa exerce sobre a coisa, posse plena, direta ou indireta. Para melhor elucidar o assunto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves usa como exemplo o caso de um possuidor que tem posse plena exclusiva sobre determinado bem e decide arrendá-lo a uma só pessoa. Assim, tanto sua posse indireta como a posse direta exercida pelo arrendatário serão exclusivas[18].

Por sua vez, a composses existe quando duas ou mais pessoas exercem a posse sobre uma mesma coisa. Sobre o tema, o docente Silvo Rodrigues ensina que *“A composses está para a posse assim como o condomínio está para o domínio”*. [19] Dessa forma, o doutrinador esclarece que neste caso os poderes inerentes ao domínio serão exercidos por mais de um possuidor de modo simultâneo, de forma que o exercício por parte de um consorte não poderá impedir o do outro. O Código Civil admite a composses na forma de seu artigo 1.199.

2.3.3. Posse justa e posse injusta

Prevê o Código Civil de 2002, no artigo 1.200 que *“É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”*. [20] Partindo dessa premissa, podemos considerar haverá posse injusta quando eivada de um desses três vícios.

Nesse sentido, no entendimento do nobre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, diz-se clandestina a posse *“obtida à socapa, às escondidas, com subterfúgios, estratagemas, manhas, artimanhas e ardis”*. [21]

Segundo o professor Silvo Rodrigues, a posse precária ocorre quando a pessoa recebe a coisa com o intuito de depois devolve-la, no entanto, quando lhe é reclamada, decide retê-la indevidamente. Por conseguinte, é violenta a posse quando conseguida pela força injusta, caracterizando o esbulho possessório. [22]

Para todos os efeitos, o artigo 1.208 do Código Civil permite o convalidamento da posse injusta obtida por meio de violência ou clandestinidade em posse justa, quando devidamente cessados os respectivos vícios. Entretanto, não é admitido o convalidamento da posse precária, eis que sua precariedade não cessa.

Ademais, a posse justa é aquela que não apresenta vícios quanto a sua origem.

2.3.4. Posse de boa-fé e posse de má-fé

Acerca da posse de boa-fé, dispõe o artigo 1.201[23] do Código Civil em vigor, "*in verbis*" [24]:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite essa presunção.

Nesse segmento, o professor Silvio Rodrigues distingue uma classificação da outra baseado em um critério psicológico do possuidor, ou seja, se ele conhece o vício, sua posse será de má-fé, no entanto se não sabe da existência do vício, será a posse de boa-fé.[25]

Outrossim, o parágrafo único transcrito acima, assegura que a boa-fé será presumida se o possuidor tem consigo um justo título. Nessa lógica, o mestre Carlos Roberto Gonçalves define por justo título o documento que seria capaz de transferir o domínio e a posse, se não existisse um vício que impedisse essa transmissão, como por exemplo, uma escritura de compra e venda devidamente registrada, no entanto o vendedor não era seu verdadeiro dono.[26]

Todavia, a importância desta classificação está nos efeitos por ela produzidos, assunto que será visto mais tarde.

2.3.5. Posse nova e posse velha

Trata-se de critério de classificação quanto ao tempo, oriunda dos artigos 507 e 523 do antigo Código Civil de 1916, que não foram reproduzidos no Código Civil de 2002. Em virtude disso, a matéria atualmente é regulada pelo artigo 924 do Código de Processo Civil, o qual dispõe, em suma, que a posse intentada dentro de ano e dia será regulada pelo procedimento especial de manutenção e reintegração de posse, no entanto, após esse prazo será regida pelo rito ordinário.

Diante disso, o doutor Flávio Tartuce entende como “posse nova” aquela que conta com menos de um ano e dia, enquanto a “posse velha” é a que conta com pelo menos um ano e um dia, ou seja, a posse com mais de um ano e um dia é velha. Compartilham desse posicionamento os doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz.[27]

2.3.6. Posse “*ad interdicta*” e posse “*ad usucapionem*”

Posse “*ad interdicta*”[28] é aquela em que a lei admite sua defesa por meio dos interditos, previstos no artigo 1.210 do Código Civil de 2002. Entretanto, a posse precisa ser justa, ou seja, não poderá conter os vícios de violência, precariedade ou clandestinidade.

Por seu turno posse “*ad usucapionem*”[29], segundo nos revela o mestre Carlos Roberto Gonçalves, “é a que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei deferindo a seu titular a aquisição do domínio”. [30]

Sendo assim, a posse “*ad usucapionem*” confere ao seu titular o direito à usucapião, se forem cumpridos os seus requisitos.

3.EFEITOS DA POSSE

Neste momento, vamos tratar das consequências jurídicas advindas da posse. Veremos os direitos concedidos pela lei ao possuidor que tem sua posse mantida ou suprimida.

As regras trazidas pelo Código Civil de 2002 acerca dos efeitos da posse apresentam caráter material e processual. Todavia, para melhor didática do assunto, neste tópico abordaremos apenas os efeitos materiais, e os demais serão vistos posteriormente.

Conforme apontado no item 2.3.4, os efeitos que serão vistos neste tópico estão intimamente relacionados à forma de posse exercida pelo possuidor quanto ao seu critério psicológico, ou seja, o legislador confrontou os interesses do possuidor de boa-fé e do possuidor de má-fé. Ademais, para análise desses efeitos considera-se que o proprietário foi vencedor na ação reivindicatória em face do possuidor, que deverá entregar a coisa reivindicada.

3.1 PERCEPÇÃO DOS FRUTOS

Na visão do doutrinador Silvio Salvo de Venosa, entende-se por frutos, sob o aspecto subjetivo, as riquezas normalmente produzidas por um bem, podendo ser naturais, industriais e civis.[31]

Para fins do artigo 1.214 do Código Civil de 2002 ao possuidor de boa-fé são garantidos os frutos percebidos enquanto ela durar. No que tange aos frutos pendentes e os colhidos com antecipação, devem ser restituídos, sendo garantidas as despesas de custeio.

Por outro lado, com relação ao possuidor de má-fé, o artigo 1.216 do Código Civil determinou que deverá restituir os frutos colhidos e percebidos, bem como os que por sua culpa deixou de perceber, tendo direito apenas às despesas de produção de custeio.

Sobre o tema o ilustre doutrinador Silvio Rodrigues expõe que a lei demonstra atitude de inegável simpatia ao possuidor de boa-fé, se mostrando totalmente contrária ao possuidor de má-fé. Assim, entende que o intuito do legislador é desencorajar a posse ilegítima, se utilizando de punições mais severas para tanto.[32]

3.2 RESPONSABILIDADE PELA PERDA OU DETERIORAÇÃO DA COISA

Nos termos do artigo 1.217 do Código Civil, "O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa." [33] Isto posto, depreende-se que somente haverá responsabilidade do possuidor de boa-fé se provado seu dolo ou culpa.

Ao contrário, para o possuidor de má-fé, o artigo 1.218 do Código Civil prevê que este responderá pela perda ou deterioração da coisa em todos os casos, somente se eximindo da responsabilidade se provar que se teriam dado estando na posse do reivindicante.

Em detrimento disso, explica o mestre Carlos Roberto Gonçalves que a culpa do possuidor de má-fé é presumida, havendo uma inversão do ônus da prova. Assim, caberá a ele provar a exceção.[34]

3.3 INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS E O DIREITO DE RETENÇÃO

Este tema encontra-se regulado nos artigos 1.218 a 1.222 do Código Civil.

Primeiramente, quanto ao possuidor de boa-fé privado da coisa em favor do reivindicante, o legislador garantiu que terá direito às benfeitorias necessárias (indispensáveis à conservação do bem) e úteis (aumentam o uso do bem). Quanto às voluptuárias (deleite ou recreio) poderão ser levantadas, desde que não danifiquem a coisa. Além disso, poderá exercer o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis, que consiste em manter o bem em seu poder, além do momento que deveria restituir, como garantia até que o reivindicante lhe pague as despesas contraídas pela coisa.

Outrossim, o possuidor de má-fé apenas poderá reaver as benfeitorias necessárias, não fazendo jus às benfeitorias úteis e voluptuárias, tampouco ao direito de retenção.

Por seu turno, as indenizações serão pagas ao possuidor de boa-fé no seu valor atual, enquanto o possuidor de má-fé, o reivindicante poderá optar entre o valor atual e seu custo.

3.4 DIREITO À USUCAPIÃO

Constitui um dos principais efeitos da posse, entendida como o modo originário de aquisição do domínio.

Em sua obra, o mestre Silvio Rodrigues define a usucapião como uma situação de fato, que, sem ser molestada, prolongou-se em certo tempo determinado na lei, transformando-se em direito. Dessa forma, o possuidor exerce sobre a coisa poderes inerentes ao domínio e após o período legal obtém uma declaração judicial que lhe confere o domínio.[35]

A usucapião encontra-se regulamentada no Código Civil de 2002, em seus artigos 1.242 (usucapião ordinária), 1.238 (usucapião extraordinária), 1.239 (usucapião especial urbana) e 1.240 (usucapião especial urbana).

Todavia, o estudo deste assunto não será aprofundado haja vista não ser este o objeto do presente artigo, apenas se faz necessário seu comentário por se tratar de importante efeito da posse. Sendo assim, essas são suas considerações.

4. FORMAS DE DEFESA DA POSSE

Com efeito, a proteção possessória representa o mais importante efeito da posse e constitui os meios de defesa criados pelo legislador para a proteção de uma situação de fato.

Essencialmente, existem três ações possessórias, são elas: ação de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e o interdito proibitório. Estes remédios possessórios estão previstos no artigo 1.210 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, insta revelar que existem outros procedimentos como o embargo de terceiros e a ação de nunciação de obra nova, regulados pelo Código de Processo Civil que podem ser utilizados como forma de defesa da posse, porém esses meios não são exclusivamente voltados para a tutela possessória, conforme apontado pelo processualista Humberto Theodoro Júnior.[36]

Assim sendo, abordaremos apenas os interditos possessórios voltados a proteção da posse trazidos à luz Código Civil de 2002.

4.1 AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE

Trata-se de remédio possessório dirigido ao possuidor que sofreu turbação sobre a coisa de fato que tem em seu poder. Acerca do tema dispõe o artigo 926 do Código de Processo Civil que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.

No entendimento do doutrinador Silvio Salvo de Venosa, a turbação caracteriza uma ofensa média à posse, em que o titular tem apenas parte de seu exercício prejudicado.[37]

À luz do artigo 927 do Código de Processo Civil, na ação de manutenção de posse, o titular da coisa deverá fazer prova de turbação atual, pois se a turbação é passada perde-se o objeto deste interdito, cabendo ao possuidor pleitear apenas perdas e danos.

Além disso, o autor deverá provar a data da turbação. Nesse passo, em se tratando de turbação com menos de ano e dia, o juiz concederá a manutenção liminar na forma do artigo 928 do Código de Processo Civil. Se passado esse tempo, o fato perturbador se consolida, e a ação continuará pelo procedimento comum, onde apenas será admitida a tutela antecipada.

Por fim, o possuidor deverá comprovar que continua na posse da coisa, uma vez que se houver abandonado a posse em virtude do ato turbador, a ação cabível será a de reintegração de posse.

4.2 AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Trata-se de meio de defesa concedido àquele que perde o poder de sua posse em detrimento de um esbulho. Encontra-se estabelecido no artigo 926 do Código de Processo Civil, já referido no item 4.1.

A ilustre professora Maria Helena Diniz define o esbulho como “o ato pelo qual o possuidor se vê despojado de sua posse, injustamente, por violência, por clandestinidade e por abuso de confiança”.[38] Partindo dessa premissa depreende-se que o esbulho é caracterizado mesmo que não haja violência, como nos casos de clandestinidade e precariedade.

Destarte, para a ação de reintegração de posse aplicam-se as mesmas regras da ação de manutenção de posse, vista no tópico anterior. Entretanto, deve-se considerar que

na reintegração o possuidor deverá provar o esbulho, a data de sua ocorrência e a perda do poder de sua posse.

Ressalte-se que este interdito tem por objeto a recuperação da coisa injustamente perdida pelo possuidor ou seu valor quando não mais existir.

4.3 INTERDITO PROIBITÓRIO

É o meio de proteção preventivo da posse, intentado pelo possuidor que apresenta justo receio de ser molestado de sua posse, ou seja, este interdito poderá ser utilizado sempre que o possuidor sofrer ameaça de turbação ou esbulho.

Na inteligência do artigo 932 do Código de Processo Civil são requisitos para propor o interdito proibitório ser possuidor, sofrer a ameaça de esbulho ou turbação e ter justo receio de ser molestado.

Insta salientar que nesta ação o possuidor busca ser assegurado da ofensa a sua posse, de modo que se a ameaça de esbulho ou turbação já se concretizou não mais será cabível este remédio.

Por outro lado, o justo receio deve ser alegado e provado para que o possuidor seja capaz de obter sucesso na demanda, do contrário o interdito será negado. Sobre a matéria o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa define como justo receio, “temor justificado de violência iminente contra a posse”. [39]

Por oportuno, registra-se que pelo princípio da fungibilidade das ações possessórias, no curso de um interdito possessório, verificando o juiz que houve moléstia à posse, poderá transformar o interdito em ação de reintegração ou manutenção de posse.

Ademais, ao interdito é aplicado o disposto sobre as outras ações possessórias vistas nos itens anteriores.

5.A EXCEÇÃO DE DOMÍNIO

A exceção de domínio, durante muitos anos foi alvo de debates e discussões. No entanto, nos dias de hoje, após devidamente regulamentada, a matéria ainda gera resquícios de uma antiga interpretação trazida pelo Código Civil de 1916.

Gize-se que a alegação de domínio é uma forma de defesa por meio da qual uma das partes no curso de uma ação possessória alega ter a propriedade da coisa, pretendendo assim ser vencedora na ação.

A polêmica do tema iniciou-se a partir da redação do artigo 505 do antigo Código Civil de 1916, nestes termos[40]:

Art. 505. Não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

Tratava-se de um dispositivo aparentemente controvertido, visto que na primeira parte o legislador fazia clara distinção entre juízo possessório e juízo petitório, demonstrando que a alegação de domínio não impediria a manutenção ou reintegração na posse, enquanto na segunda dizia que a posse não seria julgada em favor daquele que não tivesse o domínio.

Assim, a jurisprudência passou a adotar o seguinte entendimento: Em regra, não seria permitida a exceção de domínio no curso das ações possessórias. Entretanto, excepcionalmente poderia ser admitida nas seguintes situações: a) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes; b) quando as partes disputavam a posse a título de proprietárias.

Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal Federal editou a súmula 487, que dispõe: "Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for disputada."[41]

Destarte, a maioria dos tribunais admitia a exceção de domínio em uma das duas hipóteses, entretanto alguns só aceitavam em um ou outro caso.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, a matéria passou a ser regulada pelo seu art. 923[42] que assim dispunha, "*in verbis*[43]":

Art. 923. Na pendência de processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento de domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.

Com essa redação, a posse passaria a ser obrigatoriamente deferida àquele que evidentemente fosse titular do domínio, revogando portanto a segunda parte do artigo 505 do Código Civil de 1916.

Entretanto, a lei 6.820/80 alterou a redação original do artigo 923 do Código de Processo Civil, retirando sua parte final que admitia a exceção de domínio permanecendo

apenas a primeira parte, passando a dispor da seguinte forma: "*Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio*"[44].

Não obstante, o novo Código Civil de 2002 com o intuito de dirimir qualquer controvérsia, resolveu extinguir o instituto da exceção de domínio, e em seu artigo 1.210, §2º dispõe, "*in verbis*"[45]: "*§2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*"[46].

Ademais, forçoso é reconhecer que assunto ainda hoje não foi consolidado na doutrina e na jurisprudência, sendo este o objeto deste trabalho. Contudo, essa discussão será vista mais adiante.

5.1 CONCEITO DE PROPRIEDADE

Partindo da premissa que a exceção de domínio é uma alegação fundada no direito de propriedade em sede possessória, oportuno se faz tecer algumas considerações sobre este instituto, bem como diferenciá-lo da posse.

O brilhante doutrinador Silvio Rodrigues[47], ensina sobre a propriedade que:

Trata-se, como é óbvio, de um direito real, ou seja, de um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja. Ao titular de tal direito é conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha.

Do conceito acima, extrai-se que proprietário é aquele que pode usar, gozar e dispor da coisa. Em suma, o *uso* simboliza a possibilidade de manter a coisa em seu poder, utilizando-a da maneira que lhe for conveniente; o *gozo* implica no poder de explorar a propriedade, aproveitando de seus frutos naturais e civis; e *dispor* é a possibilidade transferir ou alienar a coisa para terceiros.

Regula o artigo 1.228 do Código Civil de 2002 que o proprietário tem direito de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua. Para tanto, dispõe da ação reivindicatória, que é conferida ao dono com o intuito de recuperar a coisa que lhe foi privada.

5.2 DIFERENÇA ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

Para melhor compreensão da distinção entre posse e propriedade, passemos a análise do exemplo trazido pelo nobre doutrinador Silvio Rodrigues: “O proprietário de um prédio se encontra a desfrutá-lo quando é dele violentamente desapossado.”

Neste caso, o dono poderia se valer de uma ação reivindicatória, provar seu domínio em detrimento do esbulhador e requerer a devolução de seu imóvel. No entanto, mais fácil será utilizar-se de uma ação possessória e provar que estava em poder da coisa quando sofreu o esbulho para ser reintegrado de sua posse.[48]

Nesse contexto, verifica-se a posse será protegida porque aparenta uma situação de direito. Isto porque, o legislador preferiu assegurar a paz e harmonia social.

O referido doutrinador[49] confere uma distinção pontual entre posse e propriedade, senão vejamos:

Enquanto a propriedade é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito, a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja que a exteriorização do direito de propriedade.

Por sua vez, o renomado doutrinador Silvio Salvo de Venosa distingue os institutos considerando que a posse é um poder de fato sobre a coisa protegido pela lei, enquanto a propriedade é um direito adquirido de acordo com formas instituídas do ordenamento.

5.3 DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO PETITÓRIO

O juízo possessório é o meio de tutela da posse, ou seja, neste procedimento exercita-se apenas a proteção jurídica ao fato da posse, em detrimento de ameaça, turbação ou esbulho.

Outrossim, o juízo petitório é o meio de tutela dos direitos reais, ou seja, os litigantes alegam o domínio. Neste caso, o possuidor tem a posse e a propriedade.

Sobre a questão, ensina o doutrinador Silvio Salvo de Venosa que nas ações possessórias trata-se exclusivamente da questão da posse, enquanto nas ações petitórias considera-se apenas o direito de propriedade.[50]

Em razão disso, em regra, no juízo possessório não é admitido alegar o domínio. Todavia, a exceções serão tratadas no próximo item.

5.4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Conforme apontado no início deste capítulo, a exceção de domínio prevista no artigo 505 do Código Civil de 1916 não foi recepcionada pelo atual Código Civil.

Nesse diapasão, é pacífico na doutrina que via de regra não é admitida a alegação de propriedade em sede possessória. No entanto, há duas exceções admitidas, são elas: a) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes; b) quando as partes disputam a posse a título de proprietárias.

Sobre o tema, a doutrina diverge, de modo que alguns admitem as duas hipóteses, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

Nesse contexto, em sua obra, o considerado doutrinador Washington de Barros Monteiro aceita as duas exceções, ou seja, para o professor, quando as partes disputam a posse a título de proprietárias ou quando resta duvidosa a posse de ambos os litigantes, é cabível a alegação de domínio, haja vista que nesses casos a apreciação dos títulos é necessária para melhor caracterizar a posse.[51]

Partilha desse entendimento o doutrinador Silvio Rodrigues[52], sustentando que a exceção de domínio ainda é invocável quando em sede possessória nenhuma das partes provar a sua posse ou quando os litigantes reclamam a posse alegando domínio. Segundo ele, a lei 6.820/80 não suprimiu a *exceptio proprietatis*[53].

No mesmo sentido, entende o doutrinador Silvio Salvo de Venosa que o Código Civil de 2002 está exclusivamente ligado ao fato da posse nas ações possessórias. Isto posto, poderão ser alegados outros direitos nesta contenda, mas a decisão será com fundamento exclusivo na posse.[54]

Noutro giro, discorda desse pensamento a ilustre professora Maria Helena de Diniz. Para a doutrinadora, é possível a exceção de domínio quando as partes não conseguem provar a posse que disputam a título de domínio.[55] Assim, a educadora apenas admite a segunda exceção.

Mister se faz comentar ainda a exceção apontada pelo exímio desembargador Alexandre Freitas Câmara.[56] O autor aponta que a Lei 10.257/2001 em seu artigo 11 criou uma exceção à regra geral. Dispõe o artigo, "in verbis"[57]:

Art. 11 Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

À luz o referido artigo, ajuizada uma ação de usucapião especial urbano, todos os processos petitórios ou possessórios ficam suspensos. O referido doutrinador entende que

esta exceção está em perfeita consonância com o artigo 923 do Código de Processo Civil, eis que visa ampliar a proteção do possuidor que concede função social ao seu imóvel.[58]

Sendo assim, podemos dizer que em regra a exceção de propriedade não é admitida em nosso ordenamento jurídico, vez que o Código Civil de 2002 não trouxe essa possibilidade. No entanto, conforme explanado, a doutrina divide-se em duas correntes. A primeira entende que será possível a "*exceptio proprietatis*"[59] duvidosa a posse de ambos os litigantes e quando as partes disputam a posse a título de proprietárias. Enquanto a segunda admite somente a segunda hipótese.

Por oportuno, considerando a divergência doutrinária, vejamos como a jurisprudência tem abordado a questão.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende possível a alegação de propriedade em sede possessória quando ambas as partes alegam ser proprietárias do bem e quando duvidosa a posse de ambas. Isto porque no curso de uma ação de reintegração de posse movida por Issac Gabriel Hanfling e Javier Nestor Kruszel em face de Alessandra Katcips, o juiz deferiu a liminar reintegrando os autores na posse do imóvel, tendo a ré interposto agravo de instrumento.[60]

Em sede de recurso o referido tribunal negou provimento ao recurso sob o argumento de que a exceção de propriedade só pode ser alegada quando ambos os litigantes buscarem a proteção da posse com base, exclusivamente, no direito dominial ou quando for conflitante ou duvidosa a posse de ambos, o que não ocorreu no caso.

Em outro julgado o referido tribunal também admitiu as duas hipóteses de exceção. Veja-se.

No caso, César Augusto de Marchi ajuizou ação de manutenção de posse em face de Erwin Fiamoncini e Ésio Fiamoncini. Sendo julgado procedente o pedido, os réus apelaram.

Em sede de apelação o referido tribunal se manifestou negativamente ao provimento do recurso, entendendo novamente que a questão de propriedade dentro da demanda possessória somente é cabível quando duas pessoas disputam a posse a título de proprietárias e quando duvidosa a posse de ambos os litigantes, fato que não restou caracterizado no caso.[61]

Note-se que o citado tribunal tem pacificado seu entendimento nesse sentido, admitindo assim as duas hipóteses de exceção.

Outrossim, para o Superior Tribunal de Justiça a exceção de propriedade somente será possível se a posse é disputada com fundamento no domínio, conforme depreende-se do julgado a seguir.

O caso refere-se a um Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face de Vitória da Conceição, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que afastou o pedido da autarquia de reintegração na posse com base na posse no título.

No julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que pelo fato de apenas a autarquia haver sustentado sua posse com base no título, não seria aplicável a exceção de domínio, vez que esta restringe-se a hipótese em que ambos os contendores disputam a posse fundada na propriedade, conforme a súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal[62].

6. CONCLUSÃO

Destarte, a retirada da exceção de domínio do Código Civil de 2002 se justifica uma vez que o legislador procurou proteger o instituto da posse. Nesse sentido, as ações possessórias foram criadas justamente para regular a situação da posse sobre a propriedade.

Entretanto, frequentemente tem-se observado no curso de ações possessórias a presença do proprietário como parte na demanda. Em razão disso, o estudo deste tema ainda é relevante na medida em que podemos identificar as hipóteses em que a propriedade poderá ser utilizada em defesa da posse.

Em suma, a doutrina e a jurisprudência admitem duas exceções, quais sejam: quando ambas as partes discutem a posse com base na propriedade ou quando restar duvidosa a posse entre ambos os litigantes, de modo que alguns admitem as duas hipóteses, enquanto outros aceitam em um ou outro caso.

Ademais, esse artigo teve por objetivo explicar a possibilidade da alegação de propriedade no âmbito das ações possessórias.

Ante o exposto, podemos concluir que a exceção de domínio embora abolida pelo Código Civil de 2002, ainda é reconhecida pela doutrina e pelos tribunais. Entretanto, o tema ainda encontra controvérsias no mundo jurídico cabendo a jurisprudência futuramente pacificar esse assunto que vem se prolongando por décadas, pois cessar com as divergências é medida necessária para se alcançar o bem estar social.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.257/2001 (**Estatuto da Cidade**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm.

BRASIL. Lei 10.406/2002 (**Código Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Lei 3.071/1916 (**Código Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

BRASIL. Lei 5.869/1973 (**Código de Processo Civil**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL. Lei 6.820/1980. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103471/lei-6820-80>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Procedimentos especiais. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol III.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol 3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 4**. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5.

NOTAS:

[1] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. pp. 358-359.

[2] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 17.

[3] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de la Possession*. In: RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 18.

[4] Corpo.

[5] A mente.

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 51.

[7] As palavras.

[8] BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

[9] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p. 358.

[10] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de la Possession*. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 73.

[11] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 73.

[12] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 21.

[13] Para todos.

[14] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p. 359.

[15] TARTUCE, Flávio. Direito Civil 4. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4. p 36.

[16] BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

[17] As palavras.

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 82.

[19] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 26.

[20] BRASIL. Op cit.

[21] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 69.

[22] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 27.

[23] BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

[24] As palavras.

[25] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 31.

[26] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 97.

[27] TARTUCE, Flávio. Direito Civil 4. Direito das coisas. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. Vol 4. p 46.

[28] O proibido.

[29] Para ter direito.

[30] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 104.

[31] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 108.

[32] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 68.

[33] BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

[34] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 5. p 212.

[35] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 108.

[36] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos especiais. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol III. p 115.

[37] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 153.

[38] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4. p 87.

[39] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 152.

[40] BRASIL. Lei 3.071/1916 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 487. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su_mula_401_50

[42] BRASIL. Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm

[43] As palavras.

[44] BRASIL. Lei 6.820/1980. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103471/lei-6820-80>.

[45] As palavras.

[46] BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

[47] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 76.

[48] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 15.

[49] RODRIGUES, op cit.

[50] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 36.

[51] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol 3. p 57.

[52] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol 5. p 59.

[53] A propriedade exceção.

[54] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol 5. p 145.

[55] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 4. p 89.

[56] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p 375.

[57] As palavras.

[58] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol III. p 375.

[59] A propriedade exceção.

[60] Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº 2007.014876-5. Rel. Des. Stanley da Silva Braga. Julgado em 08/10/2010.

[61] Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº. 2006.046824-8. Rel. Des. Denise Volpato. Julgado em 25/03/2010.

[62] Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Recurso Especial nº. 2004/0081711-5. Rel. Min. Castro Meira. Julgado em 16/06/2005.

PROGRAMA DE INTEGRIDADE NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: UM PANORAMA SOBRE A LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017 E SUAS PERPLEXIDADES

SÉRGIO BOUSQUET FILHO: FGV
Direito Rio. Pós-graduado e
advogado ²⁰

RESUMO: O artigo aborda a Lei Estadual nº 7.753/2017 do Rio de Janeiro, que instituiu a exigência de implantação do Programa de Integridade nas contratações públicas, enfrentando dúvidas que alguns de seus dispositivos geram na prática, do que é exemplo o art. 1º, que traz os valores de alçada para fins de implementação do Programa. Tais valores devem ou não sofrer atualização pelo Decreto federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018? Outra questão abordada é se a exigência do Programa pode ser estabelecida contratualmente, mesmo em contratos abaixo do valor de alçada trazido pelo da lei. Enfrenta-se, ainda, qual o valor a ser considerado para fins de alçada: se de um contrato isolado ou da soma daqueles existentes com o mesmo contratado. O artigo também enfrenta a aplicação dos prazos para implantação do Programa de Integridade e eventual possibilidade de sua prorrogação no caso concreto. Por fim, é tratado o regramento trazido pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

O presente artigo tem como nascedouro e pano de fundo consulta apresentada e enfrentada no âmbito da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Casa Civil.

Em linhas gerais, o que se colocou naquela ocasião foram dúvidas pertinentes a respeito da então novel Lei Estadual nº 7.753/2017, que trouxe, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a instituição do Programa de Integridade.

A lei em tela foi editada visando o aprimoramento de governança no âmbito do Estado, dado o contexto político e institucional vivenciado à época, com a eclosão da operação denominada Lava Jato.

Com o advento da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, restou institucionalizado, no plano federal, balizas e mecanismos de combate à corrupção.

Os programas de integridade, também conhecidos como programas de compliance, são conjuntos de políticas, procedimentos e práticas adotadas por uma organização – empresarial ou não – para promover a conformidade legal e ética, bem como prevenir e detectar casos de corrupção, fraude e outras irregularidades. Esses programas

²⁰ E-mail: sergiobfilho@fgvmail.br

visam criar uma cultura organizacional baseada na transparência, responsabilidade e ética, incentivando o comportamento ético e a conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis. Geralmente incluem medidas como treinamento de funcionários, canal de denúncias, avaliação de riscos, monitoramento e auditoria interna, além de penalidades para violações das políticas estabelecidas.

Os programas de integridade são frequentemente adotados por empresas, organizações governamentais e entidades do terceiro setor como parte de suas práticas de governança corporativa e responsabilidade social²¹.

Nesse contexto, é crucial que todas as entidades, não apenas as empresas, se esforcem para implementar as mais eficazes técnicas de combate à corrupção e promoção da integridade. Isso inclui cuidados na seleção e supervisão de subcontratados e fornecedores, além da aplicação e respeito a diretrizes éticas aos funcionários.

Assim, considerando a então recente edição da Lei Estadual em tela, surgiram dúvidas que, por meio do presente artigo, e sem ter qualquer pretensão exaustiva sobre o tema, se busca dirimir.

Uma primeira questão que se coloca para analisar a aplicabilidade da Lei estadual nº 7.753/2017 diz respeito aos valores de alçada por ela trazido, mais precisamente se eles foram afetados pelo Decreto federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018.

Isso porque, o Decreto federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018, atualiza os valores das modalidades de licitação da Lei nº 8.666/93 com fundamento no art. 120²² deste mesmo diploma legal. É a sua redação:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);

²¹ Vieira, James Batista Governança, gestão de riscos e integridade / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto -- Brasília: Enap, 2019. 73/74 pág.

²² Art. 120. Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período.

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Por sua vez, o art. 1º da Lei 7.753/2017 dispõe que:

Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

A atualização levada a cabo pelo decreto federal trouxe, assim, certa ambiguidade à lei estadual, que alude, ao mesmo tempo, ao limite da "modalidade de licitação por concorrência" (hoje, de R\$ 3.300.000,00 e R\$ 1.430.000,00, de acordo com o objeto) e ao seu valor nominal histórico (R\$ 1.500.000,00 e R\$ 650.000,00, respectivamente), defasado após a atualização.

Como, então, interpretar o art. 1º da Lei nº 7.753/17? Deve-se prestigiar o real e atual valor da modalidade licitatória de concorrência ou ficar com o valor nominal previsto no art. 1º quando da edição da lei estadual?

A nosso sentir, a primeira solução se revela como a mais adequada. Para perquirir o sentido da norma, aqui, deve-se prestigiar o critério teleológico em detrimento do critério literal. O objetivo da norma foi o de vincular a aplicabilidade da exigência ao valor da modalidade licitatória, e não a um valor em específico.

Nesse sentido, a técnica legislativa empregada no diploma estadual (de menção primeiro ao valor da modalidade, e depois a valores nominais segundo o tipo de objeto) não significa uma opção absoluta por aqueles valores nominais como valor de alçada; tinha, na verdade, o objetivo de dar maior clareza sobre qual seria exatamente o limite da modalidade concorrência.

Não se perca de vista, aliás, que, desde a edição da Lei nº 8.666, há mais de um quarto de século, jamais o Poder Executivo federal havia feito uso da atualização prevista

no art. 120 – o que pode ter dessensibilizado os operadores do direito, e também o legislador estadual, à possibilidade de que isso viesse a ocorrer. Em um cenário de atualizações periódicas, é de se supor que o legislador estaria mais propenso ao emprego de técnica legislativa aberta, sem alusão a valores nominais.

Portanto, diante da antinomia aparente entre os comandos do art. 1º, deve prevalecer a primeira parte do dispositivo, ou seja, o valor da "*modalidade de licitação por concorrência*" tal como atualizado na forma do art. 120 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, ainda que o contrato não atinja o valor de alçada, cumpre verificar se seria possível a exigência do estabelecimento do Programa de Integridade não por força da Lei, mas sim pela disposição das partes a partir de previsão contratual. Ou seja, ainda que o dever de implantação do Programa de Integridade não decorra diretamente da lei, seria possível sustentar que tal dever pode eventualmente decorrer de expressa previsão contratual nesse sentido?

De fato, nos parece lícito à Administração Pública, dentro de margem discricionária a ser exercida com motivação, definir diretamente no contrato administrativo – isso é, mesmo à míngua de previsão legal expressa – as obrigações que seus contratados terão de cumprir.

Naturalmente, é igualmente lícito que o particular interessado, no exercício de sua autonomia da vontade, decida não participar de licitação para formação de contrato ou não celebrar contratação direta que contenha obrigação que ele repute irrazoável ou incumprível.

Quer isso dizer que, ainda que o contrato em análise não envolva quantia *superior ao da concorrência como modalidade de licitação*, a atrair automaticamente a incidência da Lei nº 7.753/2017, o Estado do Rio de Janeiro, em exercício legítimo de sua discricionariedade administrativa, poderia contratualmente prever a obrigatoriedade de adoção do Programa de Integridade na forma da Lei nº 7.753/2017.

Assentada essas premissas iniciais, cumpre enfrentar o ponto seguinte: qual o critério adequado para a verificação dos valores de alçada previstos no art. 1º da Lei nº 7.753/2017: o valor de cada contrato celebrado com determinado contratado ou o valor somado do conjunto de contratos firmados com a mesma pessoa?

O art. 1º alude a "*contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado* [sic]", sempre no singular, a denotar que a análise de sua subsunção ou não ao regramento da Lei nº 7.753/2017 deve ser feita isoladamente, em cada contrato, e não levando em conta o conjunto de contratos e o somatório de seus valores.

Com efeito, utiliza a forma singular desses termos, indicando claramente a necessidade de analisar cada um desses instrumentos de maneira isolada. Essa escolha linguística sugere que a avaliação de sua conformidade com as disposições da Lei nº 7.753/2017 deve ser conduzida individualmente, sem considerar a interdependência entre diferentes contratos ou a soma de seus valores. Em outros termos, a legislação requer uma abordagem discriminada, destacando a importância de examinar minuciosamente cada instrumento em separado para determinar sua aderência aos princípios e requisitos estabelecidos pela referida lei.

Além dessas questões, passa-se a avaliar a viabilidade jurídica da prorrogação do prazo de 180 dias previsto no art. 5º para a implantação do Programa de Integridade.

Em nosso entendimento, a resposta deve ser negativa.

Inicialmente, impõe-se constatar que não há qualquer previsão na lei estadual autorizando a prorrogação do prazo estabelecido no art. 5º. Indo além, todavia, o que se percebe de uma leitura sistemática do conjunto da Lei nº 7.753/2017 é que o *desenho institucional* conferido pelo legislador estadual ao Programa de Integridade acaba por não conferir qualquer margem de discricionariedade ao gestor público para a flexibilização de seus termos, nisso incluído o prazo a ser observado pelo contratado para a instalação do Programa.

Essa ausência de discricionariedade administrativa se evidencia, sobretudo, no art. 6º do diploma legal, segundo o qual o descumprimento da exigência prevista na lei acarretará a aplicação de multa de 0,02% por dia de descumprimento sobre o valor do contrato. Vejamos:

Art. 6º - Pelo descumprimento da exigência prevista nesta Lei, a Administração Pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro aplicará à empresa contratada multa de 0,02% (dois centésimos por cento), por dia, incidente sobre o valor do Contrato.
§1º - O montante correspondente a soma dos valores básicos das multas moratórias será limitado a 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§2º - O cumprimento da exigência da implantação fará cessar a aplicação da multa.

§3º - O cumprimento da exigência da implantação não implicará ressarcimento das multas aplicadas.

De fato, o comando imperativo do dispositivo [*"a Administração Pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro aplicará à empresa contratada multa (...)"*] descortina a natureza *obrigatória e vinculada* da imposição de uma sanção em específico se não observado o prazo, não parecendo haver qualquer espaço para ponderação do gestor quanto à dosimetria ou mesmo não aplicação da sanção à luz de circunstâncias específicas. Nesse ponto, portanto, a lei estadual se diferencia do regime do art. 87 e ss. da Lei nº 8.666/93, que faculta ao administrador alguma margem de decisão quanto ao tipo e gradação da sanção.

Por fim, cumpre destacar que a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) trouxe importante destaque aos programas de integridade, especialmente ao exigir, em seu art. 25, §4º, a sua implantação pelo vencedor da licitação relativa a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, assim compreendidos os casos que superam R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos).

Não se trata, portanto de um requisito de habilitação, exigível apenas do licitante vencedor, sendo certo, ademais, que recai sobre o referido valor de alçada dúvida sobre a sua natureza enquanto regra geral ou apenas federal e, portanto, aplicável apenas às contratações da União.

E justamente por compreender o valor de alçada trazido pela Lei nº 14.133 como norma federal e não geral é que o enfrentamento das questões acima, relativas à Lei nº 7.753/2017, se revelam pertinentes e atuais, já que, no nosso entendimento, a NLL não teve o condão de afastar a sua vigência.

Em suma, é possível sintetizar as seguintes conclusões trazidas ao longo do presente artigo:

- i)* a exigência de Programa de Integridade prevista no art. 1º da Lei nº 7.753/2017 aplica-se às contratações cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência *atualizado na forma do art. 120 da Lei nº 8.666/93*, e não pelo valor nominal previsto no mesmo artigo;
- ii)* a verificação do enquadramento na Lei nº 7.753/2017 deve ser feita em cada contrato, considerado seu valor isoladamente, e não levando em conta o conjunto de contratos com uma mesma pessoa e o somatório de seus valores;
- iii)* é lícito ao gestor público, no exercício legítimo de sua discricionariedade administrativa, prever no contrato administrativo a obrigatoriedade de o

contratado implantar Programa de Integridade na forma da Lei nº 7.753/2017, independentemente do valor contratual;

- iv)** não é possível a prorrogação do prazo para implantação do Programa de Integridade de que trata o art. 5º da Lei nº 7.753/2017, uma vez que a lei não previu tal possibilidade e instituiu um regime de apenamento vinculado, que subtraiu do gestor público espaço de discricionariedade tanto para decidir sobre a conveniência de aplicação e a dosimetria da multa quanto para valoração das razões de descumprimento da obrigação.
- v)** embora a Lei nº 14.133 tenha trazido importante destaque aos programas de integridade no âmbito das contratações públicas, o valor de alçada por ela trazido não deve ser compreendido como fruto do exercício pela União da edição de normas gerais, não afastando, portanto, a regulamentação sobre a matéria trazida anteriormente pela Lei nº 7.753/2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DESASTRE DE MARIANA-MG

LUCAS VITOR GÓES:
Graduando em Direito pela
Fundação Educacional do
Município de Assis (FEMA)²³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado por omissão no desastre ocorrido em Mariana-MG. O evento de ruptura de uma barragem de rejeitos de mineração em 2015 resultou em uma das maiores tragédias ambientais do Brasil, causando danos irreparáveis ao meio ambiente e à vida das comunidades lamentadas. O estudo inicia-se com uma revisão dos conceitos fundamentais de responsabilidade civil do Estado, com enfoque especial na responsabilidade por omissão. Nesse contexto, serão analisados os deveres constitucionais e legais que recaem sobre o Estado no que tange à prevenção e mitigação de riscos ambientais, bem como à fiscalização das atividades mineradoras. Em seguida, serão examinadas as circunstâncias específicas do desastre em Mariana. Serão investigadas possíveis falhas, negligências ou omissões por parte das autoridades competentes, e como essas ações ou falta delas para a ocorrência do desastre e agravamento de suas consequências. Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica e doutrinária, além da legislação vigente e decisões da suprema corte e do Tribunal de Contas da União. Por fim, será feita uma reflexão sobre a importância da responsabilização do Estado em casos de desastres ambientais, visando à prevenção de ocorrências futuras e ao fortalecimento das políticas públicas de fiscalização e segurança nas atividades de alto risco.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado, Omissão, Desastre Ambiental, Mariana-MG, Barragem de Rejeitos, Reparação de Danos

ABSTRACT: The present work aims to analyze the civil liability of the State for omission in the disaster that occurred in Mariana-MG. The rupture of a mining waste dam in 2015 resulted in one of the largest environmental tragedies in Brazil, causing irreparable damage to the environment and the lives of the affected communities. The study begins with a review of the fundamental concepts of the State's civil liability, with a special focus on liability for omission. In this context, the constitutional and legal duties that fall upon the State regarding the prevention and mitigation of environmental risks, as well as the supervision of mining activities, will be analyzed. Next, the specific circumstances of the Mariana disaster will be examined. Possible failures, negligence, or omissions by competent authorities will be investigated, and how these actions or lack thereof contributed to the occurrence and exacerbation of the disaster's consequences. To this end, bibliographic and

²³ E-mail: lucasvitorgoes2@gmail.com

doctrinal research was used as the method for data collection, in addition to the current legislation and decisions from the Supreme Court and the Court of Accounts of the Union. Finally, there will be a reflection on the importance of holding the State accountable in cases of environmental disasters, aiming at preventing future occurrences and strengthening public policies for supervision and safety in high-risk activities.

Keywords: Civil Liability of the State, Omission, Environmental Disaster, Mariana-MG, Tailings Dam, Damage Reparation

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 DO DANO. 2.2 DO NEXO DE CAUSALIDADE. 2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. 2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. 2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL. 3 DIREITO AMBIENTAL. 3.1 DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE. 3.2 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS. 3.2.1 Do princípio da precaução e prevenção. 3.2.2 Do princípio do poluidor-pagador. 3.2.3 Do Princípio do Usuário Pagador. 3.2.4 Do princípio da informação. 3.2.5 Do Princípio da Participação. 3.2.6 Da Responsabilidade Ambiental. 3.2.7 Do Princípio da Reparação Integral do Dano. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 4.1 DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E TEORIA DO RISCO INTEGRAL. 4.2 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. 5 O DESASTRE AMBIENTAL EM MARIANA. 5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NOS ATOS DA SAMARCO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Vem sendo comum nos últimos anos verificarmos cada vez mais catástrofes ambientais causadas por ações humanas. Gradativamente, observamos a atividade irresponsável visando o interesse individual ou de um grupo frente a coletividade, que veem suas vidas sendo destroçadas pelo desprezo pela vida humana e por todo meio ambiente.

Pessoas que perdem seus lares, empregos, familiares e toda sua história, enquanto observamos o completo desrespeito por normas e princípios ambientais de quem exploram de maneira irresponsável.

O objetivo deste trabalho consiste em explorar a temática relacionada à responsabilidade civil do Estado por omissão no caso de Mariana-MG, um assunto de extrema conversão no âmbito jurídico e social, considerando a magnitude dos danos decorrentes do rompimento da barragem de rejeitos de mineração, ocorrido nessa localidade em novembro de 2015.

O desastre ocorrido em Mariana-MG, representa um dos episódios mais trágicos da história recente do Brasil. O colapso da barragem de Fundão, propriedade da empresa Samarco Mineração SA, desencadeou uma catástrofe ambiental sem precedentes, afetando o ecossistema local, comprometendo a vida de comunidades inteiras e deixando um rastro de morte e destruição ao longo dos cursos dos rios afetados.

Nesse contexto, surge um debate sobre a responsabilidade do Estado diante dessa tragédia. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a possibilidade de responsabilização civil do Estado não apenas por suas ações, mas também por suas omissões. A omissão Estatal é compreendida quando o Estado deve tomar uma ação adequada para que se evite danos ou mesmo que os minimizem, mas não age.

No caso específico de Mariana-MG, questiona-se o Estado, por meio de seus órgãos de fiscalização e controle ambiental, poderia ter adotado medidas mais efetivas para prevenir o desastre ou mitigar seus efeitos. Além disso, analisa a omissão e irresponsabilidade frente ao seguimento correto das normas que evitariam o acidente em Mariana-MG.

O Estudo irá analisar também a corrente objetiva na responsabilização do Estado por omissão e sua aplicação no caso de Mariana-MG

Portanto, o propósito desta pesquisa é analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão no caso de Mariana-MG, examinando os fundamentos legais e os precedentes judiciais pertinentes, assim como as instruções práticas dessa responsabilização. Além disso, almeja-se refletir sobre possíveis estratégias de prevenção de sinistros semelhantes e a importância de uma atuação estatal eficaz na proteção do meio ambiente e dos direitos dos cidadãos.

Para o desenvolvimento desse trabalho, utilizaremos de livros, artigos científicos, o auxílio da legislação vigente, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal e do Relatório de Contas de União para analisarmos a possibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado no caso de Mariana-MG. É essencial enfatizar esse estudo para a sociedade e para o campo jurídico, uma vez que o desastre ocorrido em Mariana-MG levanta questões fundamentais sobre a responsabilidade do Estado na preservação ambiental e na garantia dos direitos dos cidadãos. A análise desse caso específico pode contribuir para o aprimoramento das políticas públicas, da legislação e da atuação estatal em situações de risco e de danos potencialmente coletivos, buscando prevenir novas catástrofes e fornecer uma resposta adequada às já ocorridas.

O presente trabalho iniciará explorando a respeito da Responsabilidade Civil e suas teorias, utilizando-se de diversos autores e doutrinas, além da evolução histórica para que se chegasse ao entendimento que temos hoje em dia. Após, será analisado o Direito

Ambiental, suas definições e seus princípios, através de pesquisas em autores renomados e legislações ambientais, para que se analise o contexto e função dessa matéria para o atual estudo. Logo após, iremos analisar a Responsabilidade Civil do Estado, seu histórico e entendimentos doutrinários, do mesmo jeito que suas teorias e objetivos. Por último, faremos um breve contexto histórico do caso de Mariana-MG através de pesquisas jornalísticas e após abordaremos o Tribunal de Contas da União assim como a relação entre o desastre ambiental e a responsabilidade do Estado. Para tanto, analisaremos a aplicação da responsabilidade civil objetiva como método para o problema apresentado e utilizaremos de julgados do STF para reforçarmos nossa posição.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade vem das primeiras civilizações, com enfoque na sociedade romana e grega. A ideia de responsabilidade chega através do pensamento de que deveria ser guardada uma relação harmoniosa e equilibrada entre as partes e o todo (Costa, 1995).

A partir disso, surgiu-se a ideia de responsabilidade civil, que seja não somente a obrigação de indenizar aquele que fora anteriormente lesado, mas garantir a relação jurídica entre as partes éticas e equilibradas (Diniz, 1984).

Segundo Gonçalves (2017), o posicionamento da teoria geral do direito diz que a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária que seja violadora de uma obrigação jurídica, seja ela lícita ou ilícita. Também sustenta Maria Helena Diniz (1984) que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos, seja moral ou patrimonial a terceiros em razão de ato por ela praticado.

A responsabilidade Civil para Neto seria "[...] a tendência manifesta da teoria da responsabilidade civil é no sentido de ampliar, cada vez mais, a sua abrangência, a fim de possibilitar que todo e qualquer dano possa ser reparado" (NETO, 2017, p.16 e 17).

Existe, portanto, dentro da responsabilidade civil, a modalidade subjetiva, que seria a vontade do legislador de responsabilizar quem tiver, em princípio, agido com culpa (Neto, 2017). Nesse sentido, deixa claro a autora Maria Helena Diniz (1984, p. 6) "O elemento subjetivo consiste no animus agendi, o qual se encaixa no pensamento da possibilidade de o agente ter agido de forma distinta. Havia como agir de forma diferente? Há nexos entre a vontade do autor e o fato?" Ou seja, seria a observância da vontade do agente em relação ao dano causado e se o mesmo poderia ter agido de forma diferente.

Nas palavras de Costa, o autor deixa claro:

Na responsabilidade subjetiva a (DOLO OU A CULPA), sendo o quarto elemento dos pressupostos da responsabilidade: visualizada a ação omissão, o dano e o nexos causal, deve-se ainda se ter o quarto elemento que é o dolo ou a culpa, onde para obter a reparação, o interessado deve provar que o agente infrator agiu por vontade (dolo), ou por falta de diligência (negligência, imprudência ou imperícia)" (COSTA, 2016, p.4)

Com isso, vale salientar que a obrigação de indenizar somente será válida caso se demonstre o efetivo dano, pois a obrigação decorre da existência do fato danoso (COSTA, 2016).

Dar-se o nome de relação de causalidade a obrigação da relação entre o indivíduo e o dano, ou seja, seria a causa da omissão ou ação do indivíduo que se observa o dano (Gonçalves, 2017)

Enfatiza Costa (2016, p. 4):

Nexo Causal (relação de causalidade): consiste na demonstração de que há relação de causa e efeito, ou seja, de que o dano foi originado pela ação ou omissão do agente, e se há uma ação ou um dano, mas não há relação entre ambos, inexistente o nexos causal e, por consequência, inexistente a obrigação de indenizar.

Com isso, verifica-se também a responsabilidade civil objetiva, que seria a obrigação que independe de análise de culpabilidade, bastando a existência da ação humana em relação ao dano e o nexos de causalidade (Diniz, 1984).

Conforme explicado acima, seria a responsabilidade sem que exista a culpa, como por exemplo a obrigação do INSS em casos de acidente de trabalho.

Essa premissa embasa-se, portanto, na teoria do risco, que nas palavras de Diniz (1984), seria a obrigação de indenizar apenas pelo fato do indivíduo produzir alguma atividade de risco que possa causar danos a terceiros mesmo que sem culpa.

Conforme à análise realizada, a responsabilidade civil existe para que olesado seja indenizado pelos danos sofridos e para que a ética e equilíbrio sejam mantidas entre as relações (DINIZ, 1984).

Nas palavras de Neto, a ideia de responsabilidade civil é muito mais ampla, como pode se observar na seguinte conclusão:

Este terceiro modelo vai além da ideia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma ideia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora nos referimos transcende o indivíduo e socializa as perdas. Não se trata, portanto, de condenar alguém individualizado a ressarcir um prejuízo, mas sim de transferir para toda a sociedade, ou para um setor desta, uma parte do prejuízo. (NETO, 2017, p. 27).

Sendo assim, conforme citado acima, a responsabilidade civil é um meio seguro, eficaz e democrático de se garantir que as relações jurídicas sejam cumpridas de forma moral, tranquila e justa.

2.1 DO DANO

O dano seria a ofensa aos bens protegidos juridicamente aos interesses dos indivíduos, coletividade ou qualquer outro grupo. O interesse se classificaria nesse caso como a forma de se satisfazer a necessidade de algo.

Segundo Araújo (2019), essa definição abrangeria toda qualquer interferência, diminuição ou alteração do bem destinado a um interesse.

Ainda segundo Bandeira (2014), a palavra deriva do latim *damnum* que significa a ofensa, prejuízo ou deterioração de um bem de outrem.

Já no direito ambiental, para Costa (2016) o dano seria qualquer lesão causado por conduta de pessoas físicas ou jurídicas, seja de direito público ou privado ao meio ambiente.

Ainda para Costa, o dano seria:

uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica seria a lesão a direito fundamental que todos tem de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado, e em segunda conceituação, o dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. (Costa, 2016, p. 6).

Segundo Antunes (2015), o autor deixa claro que o dano ambiental é a poluição que ultrapassa os limites do desprezível que acaba causando diversas alterações no ambiente.

Também complementa Araújo sobre o dano ambiental:

Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que essa modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. (ARAÚJO, 2016, p. 72).

O dano, portanto, dentro da matéria de direito ambiental é conceitualmente amplo, pois engloba a degradação de diversos recursos ambientais. Nas palavras de Bandeira (2014, p. 40) "engloba a degradação de todos os recursos naturais, tais como a água, o ar, o solo e subsolo, bem como a poluição por agrotóxicos nos alimentos, poluição por resíduos e poluição sonora".

O dano, portanto, é classificado como contratual e extracontratual, pois não somente recai sobre o meio ambiente, mas também de forma reflexa a coletividade, indivíduo ou grupo como um todo, configurando também um dano particular a seus interesses, legitimando a sua reparação pelo prejuízo sofrido.

Ainda segundo os danos ambientais, eles podem ser divididos entre danos ambientais difusos e individuais. Os danos ambientais difusos são aqueles que são de meio comum do povo, ou seja, os protegidos no art. 225 da CF onde não é possível precisar um número exatos de pessoas que possam ter sofridos prejuízos (Krell, 1998).

Esses direitos coletivos estão expressos na Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Acerca dos danos ambientais individuais, o autor Krell (1998, p.24) classifica como "o objeto lesado é a face da propriedade privada ou saúde individual do bem comum meio ambiente", isto é, é a reparação ao dano na saúde ou propriedade da vítima.

Diferentemente do Código Civil onde o dano é de um grupo ou indivíduo determinado, o dano em matéria ambiental é caracterizado por vários indivíduos indeterminados (Bandeiras, 2014).

Tendo-se em conta a dificuldade em mensurar a dimensão e amplitude do dano ambiental, a doutrina vem desenhando várias ressignificações (Araújo, 2019).

Quanto a amplitude, Bandeiras define:

1. Dano ecológico puro. Conforme já salientado, o meio ambiente pode ter uma conceituação restrita, ou seja, relacionada aos componentes naturais do ecossistema e não ao patrimônio cultural ou artificial. Nesta amplitude, o dano ambiental significaria dano ecológico puro e sem proteção estaria sendo feita em relação a alguns componentes essenciais do ecossistema. Trata-se, segundo a doutrina, de danos que atingem, de forma intensa, bens próprios da natureza, em sentido restrito. Quando isso ocorre fica prejudicado o direito de se viver num ambiente ecologicamente equilibrado, que a Constituição Federal considera um bem de uso comum do povo. (Art. 225 caput).
2. Em maior amplitude, o dano ambiental, lato sensu, ou seja, concernente aos interesses difusos da coletividade, abrangeria todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural. Assim, estariam sendo protegidos o meio ambiente e todos os seus componentes, em uma concepção unitária.
3. Dano individual ambiental ou reflexo, conectado ao meio ambiente, que é, este fato, um dano individual, pois o objetivo primordial não é tutelar dos valores ambientais, mas sim dos interesses próprios do lesado, relativo ao microbem ambiental. O bem ambiental de interesse coletivo estaria desta forma, indiretamente ou, de modo reflexo, integrado, e não haveria uma proteção imediata dos componentes do meio ambiente protegido. Assim, o bem ambiental estaria parcial e limitadamente protegido. (BANDEIRAS, 2014, p. 41).

É de extrema importância avaliar a magnitude dos danos ambientais, pois isso permite compreender o alcance das ramificações adversas das atividades humanas e adotar medidas apropriadas para prevenir e reduzir tais impactos.

2.2 DO NEXO DE CAUSALIDADE

A responsabilidade civil exige que exista uma relação entre o dano causado e o indivíduo que tenha praticado, seja lícito ou ilícito. Ou seja, para que alguém possaser responsabilizado pelo dano, seja pessoa física ou jurídica, o nexo da causa deveestar ligado. Nas palavras de Bandejas:

A responsabilidade civil tem como uma de suas condições o nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado e o dano por ele produzido. Dessa forma, encontrar esse nexo que liga o resultado danoso ao agente causadoré de todo indispensável para que se possa responsabilizar tal agente. (BANDEIRAS, 2014, p. 14).

O nexo de causalidade na responsabilidade civil exerce a função primordialde indenizar aquele comportamento que efetivamente foi à causa do dano (Rosenvald, 2019).

Também como afirma Rosenvald (2019) em segunda análise, o nexo de causalidade tem como função verificar a extensão do dano e a medida de sua reparação.

Retornando a função primordial, nos assegura Rosenvald (2019) que essa função imputa as consequências do dano de forma jurídica a quem o causou (seja por culpa ou risco) e, em segunda função, seria a relação entre a causalidade, assimpodendo determinar quem repara o dano e quais seus efeitos.

Conforme explicado acima, a importância do nexo de causalidade se faz presente para que possamos analisar de forma mais clara *quem* deve indenizar e o *que* se deve indenizar. Isso faz com que a perspectiva de justiça e moralidade humana se mantenha de forma pacificada, a fim de se criar um entendimento mais claro a quem indeniza e é indenizado.

De acordo com Rosenvald (2019, p. 556) "Como se percebe, aí está um pressuposto que não pode jamais ser afastado do instituto da responsabilidade civil, sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria".

Nessa intelecção, o nexo causal na responsabilidade civil tem grandes desdobramentos e interpretações. Verifica-se, portanto, a necessidade da responsabilidade nas aplicações e interpretações das devidas causas em que surjam o dano, a fim de proteger e evitar que alguém lesado saia ainda mais prejudicado.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Conforme já introduzido neste presente trabalho, a responsabilidade civil em algumas teorias e, dentre eles, existe a responsabilidade civil objetiva.

Segundo nos mostra Diniz (2023), a responsabilidade civil deverá servir como sanções cíveis de natureza indenizatória para garantir o direito do lesado a segurança.

Na responsabilidade objetiva, em concordância com o autor Gonçalves (2022), seria quando prescinde da culpa e já se contenta com o dano. Em outros termos, na responsabilidade objetiva, mesmo que não haja culpa do agente causador do dano, ele ainda terá a obrigação de indenizá-lo.

Essa teoria baseia-se da ideia de que todo dano é indenizável, pois sempre irá se ligar a quem produziu o dano no nexo de causalidade (Gonçalves, 2022).

Conforme explicado acima, não irá importar se o agente agiu com dolo ou culpa, pois, segundo o nexo de causalidade, o indivíduo irá sempre estar ligado ao dano que causou a outrem. Essa teoria é chamada também de teoria do risco.

Nas palavras de Bandeira (2014, p. 14):

Por essa espécie de responsabilidade civil, o dolo ou a culpa em sentido estrito da conduta causadora do dano não é relevante. Somente será necessária a presença de três elementos para estar caracterizada a responsabilidade civil: a ação ou conduta, o nexo de causalidade e o dano.

A teoria do risco seria nas palavras de Gonçalves (2022) a ideia de que todas as pessoas que exercem algum tipo de atividade criam ou assumem algum tipo de risco e deve indenizá-lo caso venha a surgir mesmo que sem culpa.

Nessa interpretação, quem causa o dano mesmo que sem culpa é obrigado a repará-lo pois assume o risco de produzi-lo.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Ainda tratando-se de responsabilidade civil, existe a teoria de responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva baseia-se na ideia de que um indivíduo não pode ser responsabilizado caso cometa algum tipo de dano com culpa.

Nas palavras de Gonçalves (2022), a responsabilidade civil subjetiva se baseia na teoria clássica de que para haver responsabilidade o agente deve agir com dolo. Ou seja, o agente não seria responsabilizado caso agisse com culpa.

De acordo com Bandeira (2014), a responsabilidade irá se basear no nexo de causalidade entre o dano e a conduta do indivíduo, particularmente a culpa. Do ponto de

vista do autor, não basta a relação do dano com o indivíduo, mas sim qualo *animus* do agente ao produzi-lo.

O Código Civil possui uma ligeira preferência pela responsabilidade civil subjetiva. Um exemplo disso seria a leitura do Art. 186, onde se determinou a existência de dolo e culpa como fundamentos para que existe a obrigação de se reparar o dano (Gonçalves, 2022)

Segundo o art. 186 do novo código civil, nas palavras de Neto (2017, p. 30):

Todavia, uma interpretação sistemática consolidada já então conduzia ao entendimento de que um dos requisitos da responsabilidade civil era justamente a presença de um dano (material ou moral). Assim, o novo Código Civil apenas deixou claro o que antes era implícito. Portanto, quanto a esse aspecto, a alteração foi mais de forma do que de conteúdo. De acordo com a vontade do legislador, a responsabilidade subjetiva continua sendo o fundamento básico de toda a responsabilidade civil: o agente só será responsabilizado, em princípio, se tiver agido com culpa.

Observa-se se, portanto, a importância de o código civil apresentar em seu art. 927 parágrafo único a ideia da obrigação de reparação de dano independente de culpa, nos casos específicos descritos em lei ou quando a atividade exercida pelo agente implicar no risco a direitos de outrem (Bandeira, 2014).

Tal observação se faz importante pois verifica-se a preocupação do legislador em se adaptar caso a caso afim de proteger os direitos do lesado de forma mais ampla e segura.

2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL

Segundo Henkes (2009) responsabilidade civil no direito ambiental é instrumento para criado para gestão dos riscos ambientais causados pelo ser humano.

Como bem nos assegura Benjamin (1998) responsabilidade civil no direito ambiental é um tema jurídico progressivamente atual e sempre oportuno para observar as contínuas evoluções da indústria e seus impactos ambientais.

Responsabilidade civil no direito ambiental facilita a ideia de reparação, recuperação ou compensação de um bem ou direito lesado:

Responsabilidade civil no direito ambiental permite segurança jurídica, onde o fato do poluidor ser

responsabilizado por todo o risco que sua atividade produzirá, e a existência da atividade aliada à do nexo causal entre essa atividade e o dano, assegura o dever de indenizar é a preventiva da responsabilidade civil, de fazer com que o provável poluidor evite o dano ao meio ambiente (COSTA, 2016, p. 5).

Como se pode verificar, Responsabilidade civil no direito ambiental é aplicado nos danos causados ao meio ambiente de forma objetiva, ou seja, nos danos causados no meio ambiente independentemente de culpa. Evidentemente a aplicação pode ser utilizada para assegurar o dever de indenizar quem porventura tiver causado danos ao meio ambiente, fazendo assim que o responsável evite danos ao meio ambiente.

A responsabilidade civil ambiental se baseia na chamada Teoria do Risco Integral, que estabelece a obrigação do poluidor em reparar ou compensar os danos causados ao meio ambiente. A responsabilidade civil pelo dano ambiental implica na restauração do dano pelo poluidor, isto é, na obrigação de recuperar a área afetada. Além disso, a Constituição Federal determina que os infratores estejam sujeitos a responsabilidade administrativa e penal, além da responsabilidade de reparação, que é a responsabilidade civil. Cita-se, como exemplo, as indústrias e empresas podem ser responsabilizadas pela recuperação das áreas afetadas quando liberam substâncias químicas perigosas ou poluentes no solo ou na água, resultando em contaminação.

Ainda para Costa (2016, p. 2):

A lei da Política Nacional do Meio Ambiente apresenta as bases para a proteção ambiental, conceituando o meio ambiente, poluidor, poluição e recursos naturais, enquanto que a Lei da Ação Civil Pública estabelece os procedimentos que podem ser adotados para a apuração da responsabilidade civil ambiental e consequente reparação do dano, tais como o compromisso de ajustamento de conduta. Nesse sentido, Responsabilidade civil no direito ambiental permite que a responsabilidade civil traga os procedimentos para que a lei da Política Nacional do Meio Ambiente tenha total efetividade.

Logo, é importante compreender que a responsabilidade civil tem como principal função a proteção ambiental e precaução em eventuais danos futuros, utilizando a responsabilidade civil para penalizar quem tenha prejudicado o meio ambiente. Nesse sentido, vamos exemplificar Responsabilidade civil no direito ambiental como que função

da responsabilidade civil no direito ambiental é garantir que os responsáveis por danos ambientais sejam obrigados a reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente. Isso incentiva a prevenção de danos ambientais e promove a restauração dos recursos naturais afetados, buscando preservar a sustentabilidade e a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

3. DIREITO AMBIENTAL

A constituição Federal já define no seu art. 225, caput:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim como menciona a Constituição Federal, a matéria de direito ambiental é de suma importância, pois garante a todas as pessoas o direito de viver com qualidade de vida num meio ambiente equilibrado, visando a sua proteção não somente para a atual geração quanto para a futura geração.

Nas palavras de Lopes (2021):

O Direito Ambiental é um ramo de atuação jurídica que se preocupa com questões relacionadas à preservação do meio ambiente, instituindo um conjunto de regras e normas que zelam pelos recursos naturais (fauna, flora, rios, edificações e urbanismo), bem como as interações desses elementos com toda a sociedade.

Por fim, segundo Costa (2016) o objetivo seria o desenvolvimento sustentável juntamente a proteção da vida humana, através da preservação para que as normas de proteção sejam efetivadas visando a proteção ambiental.

3.1 DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE

Segundo Birnfeld (2013) definição de meio ambiente é o conjunto de interações de tudo que seja vivo ou não vivo que tenham como função a manutenção da vida, qualidade e preservação do planeta, regido por condições físicas, leis e influências de ordem química e biológica que permite abrigar e reger a vida.

Como bem nos assegura Dulley (2004) definição de meio ambiente é dentre as diversas definições apresentadas, o meio ambiente seria um termo genérico que designa os organismos e seres vivos em conjunto no meio natural.

A definição de meio ambiente facilita proteger um bem supremo em comum que seria a vida e a condição dinâmica entre os ecossistemas:

Definição de meio ambiente permite o conjunto de interações relacionadas, de qualquer forma com a manutenção da vida, humana e do planeta envolve, assim, percebê-lo na qualidade de um bem incorpóreo e imaterial não se confundindo com os bens materiais e corpóreos que o compõem, em que pese constituam-se esses mesmos bens materiais realidades indissociáveis do próprio meio ambiente (BIRNFELD, 2013, p. 1 e 2).

Ainda para Birnfeld (2013, p. 2):

a imprescindibilidade do processo de gestão do ambiente através de normas jurídicas precisas, ressaltando a importância que a atuação das gerações presentes para cuidar do meio ambiente, como uma dívida para com as gerações futuras. Nesse sentido, definição de meio ambiente permite a função de preservação do meio ambiente é de todos, pois temos obrigação com as gerações futuras para que todos possam usufruir um meio equilibrado e digno.

Nesse sentido, vamos exemplificar definição de meio ambiente como algo fundamental para sobrevivência não somente humana como para todos os ecossistemas e seres vivos.

3.2 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

No direito ambiental, os princípios são a base norteadora para que as interpretações das normas legais sejam feitas de forma íntegra, harmoniosa e equilibrada, sempre aplicando em um caso concreto.

Assim como reforça Farias (2006), os princípios ambientais são os entendimentos dos valores tutelados por um sistema jurídico, baseando-se nos costumes, lei, jurisprudência, tratados e convenções internacionais e princípios jurídicos.

3.2.1 Do princípio da precaução e prevenção

O direito ambiental é regido por alguns princípios visando a proteção do meio ambiente. Dentre eles, o princípio da precaução aparece como um dos norteadores da matéria.

O princípio da precaução é baseado na incerteza científica, pois visa antecipar eventuais danos ambientais quando não se tem certeza de que a prática possa ser controlada (Oliveira, 2017).

Nas palavras de Oliveira, o princípio da precaução é descrito como:

No princípio da precaução o que se configura é a ausência de informações ou pesquisas científicas conclusivas sobre a potencialidade e os efeitos de determinada intervenção sobre o meio ambiente e a saúde humana. Ele atua como um mecanismo de gerenciamento de riscos ambientais, notadamente para as atividades e empreendimentos marcados pela ausência de estudos e pesquisas objetivas sobre as consequências para o meio ambiente e a saúde humana.(OLIVEIRA, 2017, p. 109).

De acordo com Rodrigues (2023), a ideia de preservação antecipada do princípio da precaução ocupou o item 15 da declaração de princípios da Conferência das Nações Unidas realizada no Rio, em 1992.

O item 15 é descrito da seguinte forma na declaração do Rio sobre meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992, p. 3):

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

O princípio da prevenção baseia-se diferentemente da precaução em algo já conhecido. Ou seja, é aplicado nos casos em que já existem estudos que comprovem que a prática é danosa ao meio ambiente.

O princípio da prevenção baseia-se nos riscos conhecidos. Nas palavras de Oliveira (2017, p. 108):

Entende-se por risco conhecido aquele identificado por meio de pesquisas, dados e informações ambientais ou ainda porque os impactos são conhecidos em decorrência dos resultados de intervenções anteriores, por exemplo, a degradação ambiental causada pela mineração, em que as

consequências para o meio ambiente são de conhecimento geral. É a partir do risco ou perigo conhecido que se procura adotar medidas antecipatórias de mitigação dos possíveis impactos ambientais.

Conforme explicado acima, a prevenção não se baseia em algo incerto, mas sim em casos em que já exista conhecimento do risco eminente e suas consequências.

Ambos os princípios são importantes pois todo dano ambiental é irreversível na maioria das vezes. Segundo Leite (2015), as grandes partes dos danos consumados ao meio ambiente normalmente são de reparação difícil, incerta edificultosa.

Dito isso, é importante ressaltar que os princípios apesar de serem parecidos, são diferentes como se pode observar. Nas palavras de Oliveira (2017, p. 110):

É oportuna a diferenciação entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução. O princípio da prevenção se configura a partir do risco ou perigo concreto, conhecido, enquanto o princípio da precaução aplica-se ao risco ou perigo abstrato, incerto, que ainda não se conhecem os efeitos e consequências.

Por todas essas razões, o princípio da precaução e prevenção são essenciais ao direito ambiental, pois garantem mais cautela as práticas que envolvam o meio ambiente e mais segurança ao mesmo, além de preservar pela qualidade de vida, saúde e segurança das pessoas e toda biodiversidade.

3.2.2 Do princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador diz a respeito dos custos para que se estimule o uso de forma racional dos bens escassos da natureza. Nas palavras de Leite (2015), o princípio impõe a internalização do poluidor aos custos que serão necessários para o que o dano verificado durante o processo produtivo durante a execução da atividade seja diminuído, eliminados ou neutralizados.

É um princípio ambiental que tem caráter preventivo e cautelar, pois visa proteger o meio ambiente dos danos que possam ser causados.

Segundo Leite (2015, p. 36):

Tal princípio impede que ocorra a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, procurando corrigir as

externalidades negativas trazidas pela atividade poluidora. Assim, o poluidor deve internalizar os custos ambientais e reparar os danos causados de forma intolerável.

Ou seja, a intenção por trás é de que o poluidor indenize todos os danos que causará ao meio ambiente durante sua atividade.

O princípio do poluidor-pagador está expresso no item 16, da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992, p. 3), da seguinte forma:

As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais.

Apesar de parecer um princípio de natureza puramente econômica, essa interpretação está equivocada. Nas palavras de Leite (2015), o princípio é de natureza cautelar e preventiva, pois transfere os ônus e custos decorrentes do dano causado que geralmente seriam suportados pela coletividade ao poluidor primeiramente.

Conforme explicado acima, é interessante pensar por esse aspecto, pois, quando o poluidor é exposto primeiramente ao dano que ele mesmo pode causar, ele toma atitudes e providências para minimizar ou neutralizar qualquer dano que possa surgir durante suas atividades. Por isso o caráter preventivo e cautelar.

Ensina Leite (2015, p. 36):

Podemos, então, considerar o princípio do poluidor-pagador através da ótica do poluidor primeiro pagador, importando em considerar que o poluidor é, antes de poluir, pagador. Pagador dos custos relativos às medidas preventivas e precaucionais, destinadas a evitar a produção do resultado proibido ou não pretendido, ou seja, é primeiro pagador, porque paga, não porque poluiu, mas paga justamente para que não polua.

Por todas essas razões, o princípio do poluidor é importante para a conservação e proteção ambiental.

3.2.3 Do Princípio do Usuário Pagador

Complementar ao princípio do poluidor-pagador, o princípio do usuário pagador também visa colocar um valor econômico a um bem ambiental durante sua utilização.

Segundo Leite (2015), esse princípio exprime a ideia de que a utilização do bem ambiental deve ser cobrada.

Conforme Oliveira (2017) nos mostra, essa cobrança existe para que o usuário tenha ciência de que o bem ambiental é escasso e deve ser utilizado com cautela. Ainda para Leite (2015), o preço cobrado deve ser da utilização do bem ambiental e seus custos para renovação, refletindo também sua escassez.

Conforme explicado acima, essa cobrança existe para que o usuário tenha ciência de que se deve usar o bem com cautela.

Podemos verificar também que nessa figura, o usuário não necessariamente será o poluidor (Leite, 2015)

Expõe Oliveira (2017, p. 113):

O princípio do usuário pagador é decorrente da necessidade de valoração econômica dos recursos naturais, de quantificá-los economicamente, evitando o que se denomina "custo zero", que é a ausência de cobrança pela sua utilização. O "custo zero" conduz à hiper exploração de um bem ambiental que, por consequência, leva à sua escassez.

Conforme citado acima, se o custo para o bem ambiental fosse zero, não haveria o cuidado do usuário na utilização dele.

Conforme já menciona a legislação " [...] ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos." (BRASIL, Lei nº 6.938 de 1981)

3.2.4 Do princípio da informação

O princípio da informação vem garantir a população o direito a estar informado sobre os impactos ambientais que uma determinada prática pode causar ao meio ambiente assim como para garantir o direito fundamental de acesso à informação.

Assim como diz Rodrigues (2023), a população somente poderá participar de forma efetiva nas políticas públicas de proteção ambiental caso tenha acesso as informações sobre o meio ambiente.

O direito de acesso à informação está alçado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, Inciso XVI "é assegurado a todos o *acesso à informação* e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Ainda segundo o princípio 10, da Declaração do Rio (1992, p. 2):

[...]No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos [...].

Conforme explicado acima, essa facilitação ao acesso à informação acerca das atividades ambientais irá fomentar a participação das pessoas nas decisões acerca dos rumos das decisões ambientais.

Isso é importante pois irá se evitar que o Estado seja autoritário nas suas decisões (Rodrigues, 2023).

Todos temos o direito fundamental de saber tudo a respeito dos bens ambientais que são essenciais à sadia qualidade de vida. Assim, por exemplo, é direito da população ter a informação precisa sobre os males ambientais que um produto causa na natureza, os maiores poluidores e degradadores das florestas brasileiras, os imóveis que não se conectam à rede de esgoto nas cidades etc. (RODRIGUES, 2023, p. 169).

Espera-se, dessa forma, que cada vez mais o acesso à informação ambiental seja cumprido e acessível. No entanto, vale dizer que a informação deve ser sempre mostrada sistematicamente.

3.2.5 Do Princípio da Participação

Esse princípio baseia-se na ideia de que todas as pessoas têm o dever de proteger e zelar pelo meio ambiente. É a forma mais democrática de se cobrar os agentes públicos e participar diretamente das decisões na defesa do meio ambiente.

Nas palavras de Pinheiro (2017), esse princípio baseia-se na cooperação entre o poder público e a coletividade para preservação e proteção do meio ambiente equilibrado.

De acordo com Rodrigues (2023), a participação da coletividade seria a principal arma para a defesa na luta por um meio ambiente equilibrado.

Nas palavras de Oliveira (2017, p. 117):

Com o acesso às informações ambientais, faz-se necessário franquear instrumentos de participação comunitária no processo de formulação das políticas públicas ambientais. Em vez da submissão às decisões prontas, é preciso que o cidadão participe do debate, da formulação, da execução e da fiscalização das políticas públicas ambientais, em contribuição à democraciaparticipativa.

A Declaração do Rio (1992) dispõe em seu Princípio 10 que os Estados têm a obrigação de fomentar a participação pública deixando a disposição da coletividade a informação a todos.

Conforme explicado acima, essa fomentação faz com que o Estado seja obrigado a agir com mais ética em relação a administração pública e o controle aos danos do meio ambiente, sempre visando a prevenção e cautela.

Nas palavras de Oliveira (2017), a participação voluntária pode se desdobrar na esfera administrativa, esfera legislativa e esfera judicial.

De acordo com Oliveira (2017, p. 118):

Na esfera administrativa, o princípio se manifesta por meio de audiências e consultas públicas; com a participação em órgãos colegiados (conselhos de meio ambiente); e no exercício do direito de petição aos órgãos públicos ambientais.

Na esfera legislativa, aplicam-se os instrumentos clássicos elencados no art. 14 da Constituição Federal, a saber: plebiscito, referendo e iniciativa popular de projeto de lei.

A participação na esfera judicial, observada a legitimidade para a propositura, ocorre por meio das ações constitucionais, tais como mandado de segurança individual ou coletivo, a ação popular, o mandado de injunção.

Por fim, vale salientar que o princípio da participação tem estrutura base na Constituição Federal (1988) em seu art. 225º caput, onde diz que a coletividade e o poder público têm o dever de proteger e preservar o meio ambiente para todas as gerações presentes e futuras.

3.2.6 Da Responsabilidade Ambiental

A responsabilidade foi inserida no art. 225 º, § 3º, da Constituição Federal como " (...) 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."

Para Pinheiro (2017) se busca com esse princípio punir o poluidor de seu ato lesivo quando identificado, e não a sociedade inteira.

Com isso, fica vinculado ao agente a reparação do dano na esfera administrativa, civil e penal.

3.2.7 Do Princípio da Reparação Integral do Dano

Esse princípio tem como objetivo reparar o dano integralmente da forma mais aproximada possível do que era antes de sofrer a lesão (Alvarenga, 2020, Araújo, 2019). O que se busca com esse princípio é que todo o dano seja ressarcido de forma integral.

Na visão de Araújo (2019), existe uma grande dificuldade em se estimar o valor a ser ressarcido pelo dano ambiental, devido a sua difícil reposição e barreiras para avaliação.

O art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938 (Brasil, 1981), estabelece que é o "poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

Vale ressaltar que o objetivo do ressarcimento não é o enriquecimento, então não é permitido que o valor compensado seja além do dano causado (Araújo, 2019).

Conforme explicado acima, isso acontece, pois, o objetivo final é que o dano seja reparado em consequência do que o originou.

Nas palavras de Araújo:

A sanção integral do dano ambiental é decorrente do art. 225, § 3.º, da CF/1988, e do art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, que não restringiram a extensão da reparação. No que concerne à responsabilização civil por dano ambiental, a reparabilidade é integral, levando em conta o risco criado pela conduta

perigosa do agente, impondo-se a ele um dever-agir preventivo, como meio de se eximir da reparabilidade integral do eventual dano causado.(ARAÚJO, 2019, p. 257).

Ou seja, essa obrigação em reparar o dano de forma integral deve ser entendida como uma forma de prevenção e cautela as práticas de exploração do meio ambiente, pois o meio ambiente jamais retornará a seu estado original mesmo com um grande investimento econômico.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é um tema bem amplo e complexo. Didaticamente, esse conceito passou por algumas evoluções e distinções até que chegasse no entendimento atual. Segundo menciona Tepedino (2022), as fases da responsabilidade civil são divididas em três fases.

A Primeira fase seria a dos Estados Absolutos, onde ficou caracterizada principalmente pela irresponsabilidade do Estado devido a seu poder soberano e absoluto (Telepedino, 2022). Nessa época, era inconcebível que o Estado reparasse os danos causados pelos seus agentes públicos, pois a noção de desigualdade entre Estado e particulares fazia com que nunca o Estado errasse, e sim seu agente público que, nesse caso, teria a responsabilidade de indenizar sem que o Estado respondesse pelo dano (Miragem, 2021; Pereira 2022).

A segunda fase surge por volta do século XIX com a morte do absolutismo, onde o Estado começa a responder por alguns atos de seus agentes públicos. Nessa segunda fase, os atos do Estado no império e os atos de gestão são separados ao modo que apenas estes últimos seriam indenizados (Pereira, 2022; Tepedino, 2022). Em suma, os atos do império tinham caráter de *pessoa pública*, logo, seriam indenizados pelo Estado, e os atos de gestão tinham caráter de *pessoa civil*, logo, quem deveria indenizar seria o agente que causou o dano (Pereira, 2022).

Por último, a terceira fase caracteriza pela tentativa do Estado no início do século XX em dar garantias a coletividade contra o poder público (Tepedino, 2022). O Poder Público passa a dar ferramentas a população para que ela responsabilizasse o Estado por danos causados de seus atos a coletividade, baseando-se em princípios como o da igualdade para que não haja mais distinção entre particular e ente público (Tepedino, 2022).

Como já observado, as concepções de responsabilidade civil passaram por longo espectro histórico. Segundo Miragem (2021), alguns distintos fundamentos serviram para

sustentação das concepções. Uma primeira concepção chamada de civilista, que era a ideia de que o Estado deveria responder pelos atos de seus servidores assim como um patrão responde pelos atos de seu empregado, sendo que nessa concepção, haveria a necessidade de provar a culpa do Estado ou a presunção dela (Miragem, 2021).

Outra concepção afirma que o Estado não deve ser responsável pelos danos causados por seus agentes se eles não estiverem agindo em função dele (Miragem, 2021).

Em relação a isso, Pereira (2022, p. 203) explica:

Deste raciocínio chegou-se à responsabilidade direta do Estado. Afastada a ideia de preposição e assentado que o Estado procede pelos seus órgãos, o que se tem de apurar é se o agente procedeu no exercício de suas funções, e não fora dele ou exorbitando de suas atribuições.

Nessa explicação, o autor deixa claro que o Estado não deveria ser responsabilizado pelos danos de seus agentes que não estivessem agindo em sua função e utilizando de suas atribuições para tomar decisões que não lhes fossem cabíveis.

Contudo, diante da dificuldade do prejudicado de comprovar a culpa do agente público devido ao agigantamento da máquina estatal, outra concepção foi bastante difundida dizendo a respeito da culpa do Estado pelo serviço ou da falta dele (Miragem 2021; Tepedino 2022).

Esse embasamento teórico é explicado por Tepedino (2022, p. 190):

De acordo com tal orientação teórica, o dever de reparação do Estado decorre da falta do serviço, não já da falta do servidor. Bastaria demonstrar a falha ou o mau funcionamento do serviço público, como fundamento do dano causado ao particular, para que se impusesse o dever de reparação em face do Estado [...]

Conforme dito pelo autor, bastava a inexecução do serviço ou falha do mesmo para que o dano ao particular fosse reparado pelo Estado.

Um passo a mais na evolução da responsabilidade civil do Estado, a *teoria do risco administrativo* surge com a consagração de princípios constitucionais como a igualdade e justiça (Pereira, 2022; Tepedino, 2022).

Segundo nos explica Bruno Miragem, a teoria do risco administrativo seria:

Segundo a teoria do risco administrativo, o exercício da atividade estatal gera por si risco de danos aos particulares, e que só por isso o Estado deve responder pelos danos daí advindos. Elimina-se, desse modo, o elemento subjetivo da conduta para a responsabilização do Estado, ainda que se mantenha a exigência da culpa no caso da responsabilidade pessoal dos agentes públicos. (MIRAGEM, 2021, p. 246)

Conforme explicado acima, a teoria exclui os elementos subjetivos da conduta do agente ou ineficácia do serviço público prestado, mas garante objetivamente que o Estado responda pelos danos causados ao particular.

Reconhece-se a teoria do risco administrativo como fundamento para responsabilidade civil do Estado (Miragem, 2021). A Constituição Brasileira (Brasil, 1988) consagra em seu art. 37, § 6º que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, Constituição, 1988)

Entende-se que a pessoa jurídica de direito público sempre irá responder pelo dano caso seja comprovado o nexo de causalidade (Pereira, 2022).

Ainda sobre isso, Miragem deixa claro que:

A qualidade de agente público na causação do dano é essencial, indicando o exercício de atividade administrativa. O que se exige, assim, é o nexo de causalidade entre a conduta imputável ao Estado e o dano sofrido, afastando-se, com isso, a exigência de demonstração da culpa do agente. (MIRAGEM, 2021, p. 247)

Em suma, o Estado sempre responde pelos danos de seus agentes, independente da demonstração de culpa dele.

4.1 DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Existe uma confusão a respeito da teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A teoria do risco administrativo, como já mencionada anteriormente, diz a

respeito do Estado ser responsável pelos danos causados a particulares independentemente do elemento subjetivo de conduta (Bonho, 2018; Miragem, 2021). Já na teoria do risco integral, o Estado é responsável pelos danos causados a terceiros independentemente das causas excludentes de responsabilidade, mesmo que não tenha dado causa a ele (Bonho, 2018).

Ainda sobre a diferença entre as teorias:

[...] essa teoria não se confunde com a teoria do risco integral, a qual se mostra como “modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”. Ao contrário desta teoria, a teoria do risco administrativo, embora dispense a vítima da prova da culpa, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 300 apud BONHO, 2018, p. 248).

Vale ressaltar que a teoria do risco integral é considerada uma teoria “brusca”, pois coloca de maneira severa ao Estado a responsabilidade do dano sem que ele tenha produzido (Bonho, 2018).

4.2 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

A administração pública tem responsabilidade objetiva nos atos lesivos cometidos em desfavor de terceiros, conforme saliente o art. 37, § 6º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Porém, existem algumas divergências em relação a aplicação desse artigo supramencionado em casos de omissão do Estado.

Para alguns doutrinadores, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Poder Público; para outra parte, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva na modalidade de culpa do Poder Público (Pietro, 2023).

Vale salientar que a obrigação de indenizar o prejudicado não vem de uma ação do Estado que tenha causado danos, mas sim de sua omissão no caso em que deveria agir para evitar o mesmo (Bonho, 2018). Essa distinção de interpretação acontece pois, quando o Estado tem o dever de agir, mas se omite, também é analisado a exigência de culpa ou não para o dano (Bonho, 2018; Miragem, 2021).

Conforme explicado acima, tem se reconhecido a teoria da responsabilidade subjetiva, pois seria necessário comprovar a existência de dolo ou culpa por parte da administração pública. Devido à dificuldade de se comprovar o elemento subjetivo, alguns

estudiosos entendem que o dispositivo constitucional abarca os atos omissivos do direito público (Pietro, 2023).

Nesse caso, não se fala em dolo ou culpa por parte do Estado mesmo em casos de omissão.

Já para outros estudiosos a responsabilidade é subjetiva. Di Pietro explica da seguinte forma:

Para outros, a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa. (PIETRO, 2023, p. 853).

Conforme mencionado acima, a responsabilidade passaria a ser subjetiva pois necessitaria da comprovação da conduta omissiva do Estado.

O Estado pode aplicar a teoria da culpa administrativa nos casos de omissão.

Nas palavras de Bonho (2018, p. 251):

[...] em algumas situações o Poder Judiciário reconhece a existência da teoria da culpa administrativa para responsabilizar o Estado em casos de omissão. Nesse caso, a omissão na prestação do serviço público pode levar à aplicação da teoria da falta do serviço público (*faute du service*). Ou seja, a culpa decorreu da omissão do Estado, quando este deveria ter agido.

Conforme citado acima, a aplicação da teoria da falta do serviço público é quando o serviço público não funciona, funciona de forma atrasada ou deficitária, estando diretamente relacionado com a omissão estatal (Bonho, 2018).

Fica evidente, diante desse quadro, que tais requisitos devem estar claros, pois a omissão somente aparecerá nos casos em que a administração pública tenha a obrigação de agir e a possibilidade de agir (Bonho, 2018; Pietro, 2023).

5.O DESASTRE AMBIENTAL EM MARIANA

Para todo desastre ambiental, sempre há vítimas e memórias que nunca irão cessar. No dia 5 de novembro de 2015, por volta das 16:00 horas, acontecia o maior desastre ambiental que o país viu.

A barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como Fundão, que pertence a empresa Samarco e administrada pela Vale e BHP Bilinton não conteve os 55 milhões de metros cúbicos de lama que armazenava (Alvarenga, 2020; Bezerra, [s.d]).

O desastre aconteceu na histórica cidade de Mariana, localizada no Estado de Minas Gerais. Do acidente, 19 vítimas fatais foram contabilizadas e a destruição do meio ambiente. (Bezerra, [s.d]).

De acordo com Alvarenga (2020), a destruição da barragem do fundão vitimizou trinta e nove municípios através do Rio Doce, além de contaminar o referido rio e solo do local, fazendo com que a lama percorresse por 600 quilômetros até que alcançasse o oceano Atlântico dia 21 de novembro daquele ano.

Conforme citado acima, esse deslizamento de lama ceifou toda a vida de todo meio ambiente do local, cidades históricas e diversas vidas humanas, além de deixar várias pessoas desabrigadas e desamparadas.

Nas palavras de Alvarenga (2020, p. 34-35):

O desastre de Mariana-MG comprometeu, também, para além das comunidades urbanas, cujo comércio regional e atividades produtivas foram cessadas, as comunidades indígenas tradicionais e o próprio meio ambiente, razão pela qual essa tragédia é considerada o maior desastre socioambiental ocorrido no Brasil.

Conforme a autora nos mostra acima, toda renda local dependia da preservação do meio ambiente, pois além da prática mineradora da empresa Samarco, a pesca e outras atividades utilizadas pelos moradores do local foram comprometidas.

5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NOS ATOS DA SAMARCO

Segundo Relatório do Tribunal de Contas da União, foi apontada omissão no caso de Mariana-MG:

AUDITORIA OPERACIONAL. SEGURANÇA DAS BARRAGENS DE REJEITOS DE MINERAÇÃO. ACIDENTE DA BARRAGEM DE FUNDÃO. ATUAÇÃO DEFICIENTE DO DNPM. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS, FINANCEIRAS E DE RECURSOS

HUMANOS. IMPOSSIBILIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTAS. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES. SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL INTEGRALMENTE ATENDIDA. ARQUIVAMENTO. (TCU - RA: 03203420156, Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 21/09/2016, Plenário)

Segundo o TCU (2016), o DNPM foi omissivo e falho na fiscalização da barreira de contenção. Constatou também no relatório que não existia por parte do DNPM uma análise tempestiva nos documentos fornecidos pelos empreendedores, o que limitava o conhecimento da real situação da segurança das barragens.

Segundo o relatório:

Além disso, notou-se que as superintendências regionais não seguem as diretrizes emanadas pela Sede na elaboração de seus planos de fiscalização. Verificou-se, por exemplo, que apenas 35% das barragens classificadas como de alto risco, em nível nacional, foram fiscalizadas pelo DNPM entre 2012 a 2015 e que 93% das fiscalizações realizadas no mesmo período foram feitas em estruturas de baixo risco, contrariando diretriz do órgão central (TCU - RA: 03203420156, Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: p. 1, 21/09/2016, Plenário).

Ainda sobre a conclusão do relatório:

Por fim, quanto ao acidente ocorrido na Barragem do Fundão, a equipe concluiu que diante das falhas identificadas no processo de fiscalização e a análise do caso concreto, a atuação do DNPM foi falha e omissa, em razão de ela não ter sido capaz de garantir o controle acerca da implantação, pelo empreendedor, dos padrões de segurança estabelecidos na PNSB, em especial ao Plano de Ação de Emergência (PAE), de forma a mitigar danos em situações de acidente (TCU - RA: 03203420156, Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: p. 1, 21/09/2016, Plenário).

Quanto à responsabilização do Estado pelos danos causados por agentes públicos no exercício de suas funções, desde o abandono da teoria da irresponsabilidade, nunca houve grandes dúvidas. Apesar das constantes mudanças teóricas e jurisprudenciais,

sempre se entendeu que os atos dos agentes, quando causadores de danos contra os bens jurídicos de terceiros, estenderiam à Administração Pública o dever indenizatório, ainda que mediante a comprovação de culpa ou falta de serviço. (Carvalho, 2016).

Ainda segundo o autor:

No que se refere à atuação dos concessionários de serviços públicos ou daqueles delegados da função de explorar os recursos naturais de titularidade do Estado, no entanto, houve na literatura um debate acalorado sobre a possibilidade, ou não, de responsabilização (ainda que subsidiária) dos entes estatais. (CARVALHO, 2016, P. 32).

Quando se trata da atuação dos concessionários de serviços públicos ou dos responsáveis pela exploração dos recursos naturais pertencentes ao Estado, houve um intenso debate na literatura sobre a viabilidade, ou não, da responsabilização dos órgãos estatais, mesmo que de forma subordinada. (Carvalho, 2016).

Por um lado, existem aqueles que aceitam a concessão pública como uma transferência total das responsabilidades e benefícios associados à exploração de atividades normalmente públicas, e, portanto, não veem a possibilidade de responsabilização direta dos órgãos administrativos pelos danos que podem ocorrer.

Por outro lado, há aqueles que, embora reconheçam a transferência de certas responsabilidades e benefícios da atividade pública como parte da concessão, não consideram essa transferência completa. Isso ocorre porque ainda existem elementos relacionados ao bem público e à ordem social que são indisponíveis pelo Estado. (Carvalho, 2016).

Esse presente trabalho se mostra de acordo com a segunda corrente de responsabilidade direta do Estado.

Verifica-se:

Assim, em todo procedimento relativo à concessão, de bens ou de serviço, pode se divisar a presença de dois atos conceitualmente distintos: aquele unilateral e autoritativo da Administração Pública, que o delibera, e outro bilateral (que participa do direito privado), e que constitui a concreta atuação do ato deliberativo [previamente mencionado]; neste segundo ato, a Administração Pública e o concessionário privado se vinculam reciprocamente, fixando os respectivos direitos e outras disposições relativas ao uso do bem comum

ou aos fins do serviço, se a concessão visa tal atividade; os dois atos, embora dotados cada qual de função autônoma, são coordenados ao desenvolvimento da função fundamental do próprio instituto na sua complexidade, de tal modo que a sorte de um liga-se à do outro, e vice versa (CAHALI, 2007, p. 120 apud CARVALHO, 2016, p. 33).

Ainda:

Tratando-se de concessão serviço público, permite-se reconhecer que em função do disposto no art. 37, §6º, da atual Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolhida concessionária ou na fiscalização de suas atividades [...] (CAHALI, 2007, p.122 apud CARVALHO, 2016, p.34).

Conforme explica o autor, não é possível o abandono do Estado na fiscalização das atividades de suas concessionárias de grande interesse social, tampouco nas explorações minerárias.

O interesse nas explorações minerárias pode ser descrito no art. 225 da CF (Brasil, 1988), onde versa da seguinte forma na proteção do meio ambiente:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa

degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Faria (2019) expõe que o ordenamento jurídico brasileiro não fez distinção entre omissão e comissão ao dar responsabilidade objetiva ao Estado, ou seja, não cabe ao intérprete ou aplicador do direito acrescentar algo que não esteja em lei, concluindo que a culpa somente é exigível nesse caso nas ações regressas do Estado contra quem causou o dano.

Conforme explicado acima, o fundamento da teoria do risco deve-se apenas verificar a relação entre o nexos de causalidade entre o ato omissivo do Estado e o dano sofrido por terceiro para que se responsabilize o Estado (Faria, 2019).

Nota-se que o próprio STF já reconheceu a possibilidade da responsabilidade objetiva do estado no caso de omissão:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público.

2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas

provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado.

3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. Agravo regimental não provido.

(ARE 697326 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013)

No objeto de estudo em questão, a omissão na fiscalização das atividades da concessionária Samarco, mais especificamente na barragem do Fundão não trouxe somente prejuízos individuais a população local e a seus direitos individuais, mas também a toda ordem pública e bem-estar social e bem jurídicos coletivos (Carvalho, 2016). Como já salientado neste presente trabalho, cabe ao Poder Público a proteção do meio ambiente, cuja transmissão para a empresa Samarco é inaceitável.

Assim sendo, é claro que há a possibilidade de responsabilização direta do ente político responsável pela concessão, ou seja, o Estado, pela parte dos danos causados pelo não cumprimento das obrigações legais infligidas pela Lei Federal 12.334/10 e pela Constituição Federal (Carvalho, 2016).

Entende-se, portanto, ser razoável que a responsabilidade do Estado, do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e de sua concessionária Samarco/SA seja solidária pelos danos causados ao meio ambiente e coletividade, ao menos que se provem de alguma forma a culpa exclusiva de alguns desses por um dano específico (Carvalho, 2016).

Sustentam o seguinte julgamento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA. CONFIGURAÇÃO DO DANO À COLETIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever

de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação. Precedentes.

2. Existência de dano à coletividade, em razão do descumprimento da legislação local que regulamenta a ocupação dos passeios públicos.

3. Não há que se falar na existência de confusão patrimonial, nos termos estatuídos no artigo 381 do CPC, pois a condenação pecuniária possui caráter compensatório e é destinado a Fundo específico, sendo o valor aplicado na reconstrução dos bens lesados, não havendo que se falar que, no caso, a coletividade ocupa a condição de credora.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1497096/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015).

Observada as informações presentes até então, observa-se que apesar da doutrina majoritária adotar a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado no caso de omissão, a melhor orientação na visão desse trabalho seria a sustentada até o presente momento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do estudo permitiu compreender como a omissão vem sendo tratada no nosso país, bem como a responsabilidade civil e sua importância para que direitos e deveres sejam cumpridos, além das dificuldades para que se restitua um bem ambiental prejudicado e devolver uma vida digna as pessoas. Também permitiu analisar como algumas irresponsabilidades do Estado e do empreendedor podem mudar para sempre a história de um país.

De forma geral, os autores mencionados no decorrer desse estudo puderam demonstrar a importância da aplicabilidade da responsabilidade civil do Estado para que se possam coibir omissões dos Órgãos Públicos visando a proteção do meio ambiente e da coletividade. Os autores deixam claros no decorrer do estudo a importância de se evoluir e desenvolver a doutrina e jurisprudência para que se busque cada vez mais a justiça e a preservação do meio ambiente equilibrado.

Os objetivos desse estudo foram alcançados ao analisar que existe um caminho para uma possível reparação dos danos causados por omissão do Estado nos casos de desastres ambientais onde o foco seja o estipulado pela Constituição Federal para que o Poder Público seja punido por não proteger o meio ambiente e as pessoas possam desfrutá-lo de saudável e equilibrada.

O debate para a objetividade ou subjetividade da responsabilização das omissões Estatais foram importantes para que se pudesse verificar a necessidade de uma análise mais concreta caso a caso, onde a relação entre o dano e o agente sejam analisados minuciosamente para que os verdadeiros responsáveis sejam devidamente punidos.

Nesse caso, somos favoráveis a responsabilização objetiva do Estado pelos danos causados a toda comunidade local, meio ambiente e coletividade no geral.

Dada à importância do tema, são necessárias que cada vez mais sejam estudados formas de se analisar mais rapidamente a responsabilidade do Estado para que garanta maior segurança e proteção ao meio ambiente e população, além de estabelecer critérios que visem efetivar a visão defendida no presente estudo de forma mais concreta. Para concluir, adotar a responsabilidade civil objetiva do estado em situações de desastres ambientais emerge como uma medida indispensável e justificável diante dos desafios contemporâneos relacionados à conservação do meio ambiente e à garantia dos direitos individuais e coletivos. A implementação desse tipo de responsabilidade implica em reconhecer a natureza singular dos danos ambientais, os quais frequentemente ultrapassam o âmbito pessoal e afetam extensivamente comunidades, ecossistemas e futuras gerações. Vários argumentos sustentam tal adoção:

1. **Prevenção e Estímulo à Precaução:** Ao imputar responsabilidade objetiva ao estado, estabelece-se um incentivo substancial para que entidades governamentais adotem medidas preventivas sólidas e incorporem princípios de precaução em suas ações e decisões. A compreensão de que o estado será responsabilizado por danos independentemente de culpa promove um grau mais elevado de atenção na gestão dos riscos ambientais.
2. **Equidade e Justiça:** A responsabilidade civil objetiva elimina a carga excessiva de provar a negligência do estado quando ocorre um desastre ambiental. Isso resulta em uma resposta mais equitativa às vítimas, especialmente considerando a complexidade de atribuir responsabilidade direta em casos que envolvem diversos agentes, ações e variáveis ambientais.
3. **Reparação Adequada:** A aplicação da responsabilidade objetiva proporciona

um caminho mais eficaz para que as vítimas busquem compensação por danos resultantes de ações negligentes ou insuficientes do estado. Essa abordagem garante que os afetados tenham acesso à justiça e reparações, promovendo a equidade na distribuição das consequências do desastre.

4. Estímulo à Gestão Sustentável: A perspectiva de responsabilidade objetiva gera uma dinâmica em que os gestores públicos são motivados a adotar práticas sustentáveis e cuidadosas em suas iniciativas e projetos. Isso contribui para uma abordagem mais responsável na administração dos recursos naturais e na promoção da conservação ambiental.
5. Transparência e Prestação de Contas: Ao adotar a responsabilidade civil objetiva, os governos são compelidos a serem responsáveis por suas ações ambientais, elevando a transparência e a confiança do público nas políticas e projetos em desenvolvimento. Isso também fortalece o compromisso das autoridades em atuar de maneira ética e responsável.

Em síntese, a responsabilidade civil objetiva do estado em incidentes de desastres ambientais espelha a necessidade de reconhecer a seriedade e a amplitude dos impactos e, ao mesmo tempo, de garantir que o poder público exerça seu papel de guardião e defensor do meio ambiente de forma efetiva. Essa abordagem não apenas concede justiça às vítimas, mas também cultiva uma mentalidade de prevenção, sustentabilidade e responsabilidade em nossos esforços por um futuro ambientalmente mais seguro e equilibrado.

Nesse sentido, a utilização da responsabilidade objetiva do Estado no caso de omissão de Mariana-MG nesse estudo foi importante pois visa dar mais responsabilidade ao Estado a seus atos e cuidados ao analisar explorações de alto risco a sociedade, de tal forma que teremos como consequência a maior segurança e preservação do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Thalita Nascimento. **A responsabilidade ambiental no desastre de marianamg**: a aplicabilidade da teoria da reparação integral do dano. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/188/1/TC_Thalita_Nascimento_Alvarenga.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

ANTUNES, Paulo de B. **Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual, 2ª edição**. Atlas: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522492947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492947/>. Acesso em: 09 jul.2023.

ARAÚJO, José Rubens Morato/Ayala Leite Patryck de. **Dano Ambiental**. Editora Forense: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988531. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988531/>. Acesso em: 09 jul. 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16032162.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BEZERRA, Juliana. **Conferência de Estocolmo**. Toda Matéria, [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/conferencia-de-estocolmo/>. Acesso em: 9 mai. 2023

BIRNFELD, Liane Francisca Huning. **Do amplo conceito de meio ambiente ao meio ambiente como direito fundamental**. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5206/Do%20amplo%20conceito%20de%20meio%20ambiente%20ao%20meio%20ambiente%20como%20direito%20fundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 jul. 2023.

BONHO, Luciana T.; CARVALHO, Francisco T de; ARAUJO, Marjorie de A.; e outros **Responsabilidade Civil**. Sagah: Grupo A, 2018. E-book. ISBN9788595024199. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024199/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL**: AgRg no REsp 1497096 RJ2014/0299188-3 - Inteiro Teor. 18 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864406913/inteiro-teor-864406923>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **ARE 697326 agr / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO** relator(a):min. DIAS TOFFOLI julgamento: 05/03/2013 publicação: 26/04/2013 órgão julgador: primeira turma. 26 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228966/false>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 julho 2023.

BRASIL. **Resolução CONAMA Nº 1 DE 23/01/1986** - Federal - LegisWeb. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95508#:~:text=%20Ao%20determinar%20a,que%20julgar%20necessário,%20promoverá%20a>. Acesso em: 13 jul. 2023.

CARVALHO, Mateus Henrique Andrade de. **O caso mariana-mg e a responsabilidade civil da união frente aos demais entes federados**. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/15019/1/2016_MateusHenriqueAndradedeCarvalho.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

COSTA, Bianca Da Silva Salomão Félix. **RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DANO AMBIENTAL E EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AMBIENTAL** | Costa | TCC - Direito. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/295/337>. Acesso em: 17 jul. 2023.

DIAZ, Louise Almeida Y ; SANTOS JUNIOR, Selmo Alves Santos Júnior et al. **A responsabilidade civil do Estado frente aos danos ocorridos pelo rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana/MG**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5093, 11 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58366>. Acesso em: 13 jul. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7** Saraiva: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627765. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627765/>. Acesso em: 10 jul.2023.

DULLEY, Richard Domingues. **Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais**. Disponível em: https://codap.ufs.br/uploads/page_attach/path/8695/8_____DOC_3ANO_TEXTO_NO_O_DE_NATUREZA_AMBIENTE__ETC..pdf. Acesso em: 9 jul. 2023.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Da responsabilidade civil do estado por omissão fiscalizatória: accidentalidade provocada pelo rompimento da barragem de Brumadinho** | Faria | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1160/835>. Acesso em: 14 jul. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil** . Saraiva Jur: Editora Saraiva2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 10 jul.2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro V 4 - responsabilidade civil**. 10 jan. 2020. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Direito_Civil_Brasileiro_V_4_Responsabil/s7fEDwAAQBAJ?hl=ptBR&pgbpv=1&dq=conceito+responsabilidade+civil&printsec=frontcover. Acesso em: 9 jul. 2023.

HENKES, Silvana L. **A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13146/14952>. Acesso em: 10 jul. 2023.

KRELL, Andreas Joachim. **Concretização do dano ambiental Algumas objeções à teoria do “risco integral”**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r13902.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 9 jul. 2023.

LEITE, José Rubens M. **Manual do direito ambiental**. Saraiva Jur: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622517. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622517/>. Acesso em: 10 jul.2023.

LOPES, Maria. Direito ambiental: **conceitos e importância** - damásio educacional. 27 set. 2021. Disponível em:

<https://matriculas.damasio.com.br/blog/direitoambiental/#:~:text=O%20Direito%20Ambiental%20é%20um,elementos%20com%20toda%20a%20sociedade>. Acesso em: 9 jul. 2023.

NETO, Eugênio Facchini. **DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO**. Mar. 2010. Disponível em: <https://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/2020/05/Bibliografia-DIR-313.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental, 2ª edição**. Método: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788530975678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975678/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ONU. **Declaração do rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wpcontent/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Editora Forense: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. (Coleção direito vivo). Saraiva Jur: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547219833. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219833/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

RODRIGUES, Marcelo A. **Direito ambiental**. (Coleção esquematizado®). Saraiva: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624894. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624894/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Saraiva Jur: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612086. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 09 jul. 2023.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. Saraiva Jur: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547218607. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218607/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense: Grupo GEN, 2022. E- book. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 11 jul.2023.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Representação envolvendo os danos ambientais provocados pelo rompimento da barragem do fundão, em mariana (mg)**. 19 jul. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/representacao-envolvendo-os-danos-ambientais-provocados-pelo-rompimento-da-barragem-do-fundao-em-mariana-mg.htm>. Acesso em: 14 jul. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil. v.4** . Editora Forense: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643967. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643967/>. Acesso em: 11 jul.2023.

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: A QUANTIFICAÇÃO DO DANO EM LESÕES A INTERESSES METAINDIVIDUAIS

CAMILA PEREIRA BARRETO: Advogada. Graduada em Direito pela UFAL. Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI)²⁴.

Resumo: O princípio da reparação integral é a norma regente da responsabilidade civil, dependendo a sua efetividade, sobretudo em seu aspecto repressivo, do atendimento a essa máxima. Sob a ótica coletiva, há um grande percurso a ser percorrido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a fim de consagrar um direito à reparação efetiva. A intersecção entre tutela coletiva e responsabilidade civil não ocorre sem desafios particulares ao próprio caráter metaindividual do direito violado. Entretanto, também apresenta dificuldades similares à quantificação do dano extrapatrimonial individual para o operador da norma jurídica, diante da ausência de mensurabilidade em termos patrimoniais do bem violado, bem como da inexistência de parâmetros para a quantificação. Em decorrência da titularidade indeterminada, não é possível uma reparação voltada para as vítimas específicas, mas sim para toda a coletividade, utilizando os valores das indenizações a fim de reconstituir os bens lesados, bem como prevenir futuros danos a interesses difusos e coletivos. Portanto, a finalidade principal de recomposição e prevenção da reparação de danos extrapatrimoniais coletivos resta comprometida, colocando em risco a própria tutela coletiva como microsistema processual e material apto a proteger os interesses difusos e coletivos.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial coletivo; reparação integral; responsabilidade civil; tutela coletiva; recomposição.

Abstract: *The principle of integral reparation is the ruling norm for civil liability, depending its effectiveness of civic especially in its repressive aspect, reliant on the achievement of that ultimate goal. Under a collective lens, there is still a great way to go through regarding both the doctrine and the jurisprudence, in order to achieve an effective civil liability. The intersection of collective tutelage civil liability is not without its particular challenges to the own character of the violated right's meta-individuality. However, there are difficulties similar to the quantification of individual general damages for the normative operator, facing the absence of measurability in economic terms in regards to the violated right, and the absence of parameters of quantification. Since the ownership is indeterminate, it is not possible a recovery focused on isolated victims, only for all of community, with a fund that*

24 E-mail: camila.pbarreto@hotmail.com

will use the value to reconstitute the damaged rights, as well as avoid future damages to collective rights. Therefore, the effectiveness of the reparation of collective general damages is compromised, putting at risk collective tutelage itself as a processual and material microsystem able to protect collective rights.

Keywords: *Collective general damages, integral reparation, civil liability, collective tutelage, reconstitution.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tecer algumas considerações sobre a nova dimensão da responsabilidade civil, sob uma perspectiva transindividual de reparação de danos, que atende às necessidades de uma sociedade moderna. Pretende-se, com uma breve análise dos instrumentos normativos da tutela coletiva, bem como à luz das contribuições da doutrina e jurisprudência para a matéria, analisar quais os desafios enfrentados para a adequada recomposição de valores metaindividuais, a partir da análise dos parâmetros utilizados para quantificar, em termos econômicos, o dano a interesses difusos e coletivos.

A responsabilidade civil é uma expressão do ordenamento jurídico enquanto pacificador das relações sociais, visando restaurar o equilíbrio em uma situação jurídica, violada em razão de um dano injusto. É inegável, portanto, que o princípio da reparação integral é uma verdadeira expressão da dignidade da pessoa humana, sobretudo no tocante à reparação de danos extrapatrimoniais, que, desprovidos de mensurabilidade, apresentam-se como verdadeira violação ao núcleo de direitos básicos do indivíduo.

Entretanto, o que poderíamos chamar de uma visão clássica da responsabilidade civil se mostrou insuficiente diante dos crescentes anseios da sociedade e de grupos peculiares nela contidos. Houve uma necessidade de reformular os conceitos tradicionais da responsabilidade civil a fim de criar mecanismos aptos a tutelar os interesses de grupos ou classes que, no prisma individual, sofriam com a inviabilidade das vias materiais e processuais fornecidas pelo direito.

As mudanças socioeconômicas ao longo do século XX fizeram com que a responsabilidade civil clássica sofresse transformações a fim de acompanhar a crescente necessidade de oferta de um novo modelo de tutela jurisdicional. Notadamente, o século XX foi marcado pelas lutas de classe voltadas para a conquista de direitos trabalhistas, sobretudo em decorrência da Revolução Industrial, que gerou jornadas de trabalho excessivas, tendo como consequência a criação e fortalecimento do direito do trabalho, a fim de proteger os trabalhadores contra os abusos cometidos pela classe patronal. É, dessa forma, que nasce a ideia de direito coletivo.

Temos uma figura para além dos polos “Estado” e “indivíduo”, sendo uma classe de direitos com características peculiares, próprio de uma categoria que surgiu com as modificações sociais do século XX. Assim, temos uma categoria que representa um verdadeiro *tertium genus* na esfera de interesses passíveis de tutela jurisdicional^[1].

O traço marcante responsável por distinguir os direitos considerados “individuais” dos direitos metaindividuais é a sua titularidade. Temos direitos os quais são de todos e, simultaneamente, não pertencem a ninguém^[2]. Essa ideia de interesse comum, que se sobressai aos interesses individuais que eventualmente possam com ele conflitar, define o direito coletivo em seu sentido amplo.

A reparação integral, nesses casos só terá seu conteúdo preenchido quando se reconhece a existência de direitos cuja titularidade recai sobre grupos de indivíduos que, independentemente de serem ou não determináveis, não podem dividir entre si o objeto do direito, sendo possível apenas sua satisfação integral.

Com a distinção entre interesses individuais e coletivos, é necessário reconhecer que, com a crescente constitucionalização de esferas jurídicas privadas, há uma superação da dicotomia entre direito público e privado. Há uma crescente incidência da intervenção estatal em interesses que, inicialmente, eram vistos sob um prisma individual, como o direito à propriedade, passando a existir sob um aspecto de proteção ao bem comum.

Nossa Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao instituir um espaço, em seu Capítulo I, Título II, intitulado “Dos direitos individuais e coletivos”, em que pese não tenha delimitado de maneira densa o âmbito de proteção desses direitos coletivos.

Uma menção de destaque aos direitos coletivos é feita na qualidade de “interesses coletivos”, no art. 129 da Magna Carta, atribuindo ao Ministério Público para a instauração de “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O dispositivo mencionado acima traz a base constitucional para a tutela coletiva, que deve ser compreendida como o microssistema material e processual voltado para a proteção de direitos metaindividuais. Entretanto, é por meio de dispositivos infraconstitucionais, como as Leis 4.717/1965 e 7.347/1985, que disciplinam a Ação Popular e Ação Civil Pública, respectivamente, que encontramos a origem normativa de uma incipiente tutela coletiva.

Posteriormente, a matéria foi densificada pelo Código de Defesa do Consumidor que, ao conceituar as espécies de direitos coletivos em seu art. 81, constituiu um grande avanço na construção da tutela coletiva, pois, como afirmou Kazuo Watanabe, “num certo

sentido, portanto, o conceito de 'coletivo' do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não-organizados [...]”[3].

Contudo, é inegável o papel da Constituição Federal em tratar, ainda que de forma meramente tangencial, de direitos difusos e coletivos. Isso porque, como a norma máxima no ordenamento jurídico, o tratamento constitucional conferido à tutela coletiva permitiu que a doutrina e a jurisprudência delineassem os contornos dessa nova proteção conferida aos interesses transindividuais e, conseqüentemente, fosse adotado um novo prisma da responsabilidade civil, sob a ótica coletiva.

À vista dos aspectos da reparação de danos transindividuais, não há como duvidar que a feição individual e metaindividual da dignidade da pessoa humana se complementam de forma harmônica. O microsistema material e processual que compõe a tutela coletiva é organizado de forma que a via individual não inviabiliza nem compromete a via coletiva. Pelo contrário, a eficácia da responsabilidade civil ganha novas dimensões. Se, por um lado, é cabível a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais diante de um evento danoso, este mesmo evento pode afetar a coletividade, como parte igualmente legítima para pleitear sua reparação.

A metaindividualidade de direitos é inerente às diretrizes máximas adotadas pela Constituição Federal de 1988. Ao elencar a dignidade da pessoa humana como objetivo o qual delinea a nossa Magna Carta, temos um objetivo desprovido de contornos meramente individuais. Nesse sentido é a ponderação feita por Ingo Wolfgang Sarlet:

Pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos.^[4]

É na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento jurídico-normativo direto de diversas regras e, até mesmo, de determinados princípios em nosso ordenamento jurídico. A força desse princípio fundamental implica em tutelar a pessoa humana em seu aspecto individual e coletivo, pois apenas pela concretização de uma sociedade igualitária é que cada pessoa humana usufruirá de uma vida digna.

Portanto, devemos fazer uso de instrumentos jurídicos materiais e processuais aptos a promover a dignidade da pessoa humana em um aspecto coletivo, sem deixar de lado o indivíduo isoladamente considerado. Dessa forma, a chamada tutela coletiva apresenta-se como meio adequado para viabilizar esse objetivo.

De tal maneira, torna-se necessário rever os dogmas rígidos de um modelo de reparação voltado para o escopo individual. Não houve outra alternativa para a doutrina e jurisprudência senão reconhecer que esses direitos transindividuais merecem a proteção jurisdicional concedida pelo nosso ordenamento no âmbito individual, com o devido respeito às particularidades que a metaindividualidade do interesse jurídico protegido lhe confere. É assim que a doutrina e jurisprudência caminham, ainda que lentamente, para o reconhecimento dessa tutela diferenciada de interesses que, muitas vezes, afetam intimamente toda a sociedade.

1. Os danos extrapatrimoniais coletivos no ordenamento jurídico brasileiro

Nossa Magna Carta foi responsável por instituir a base para a admissibilidade de reparação do dano extrapatrimonial, da qual o dano moral é espécie, levando em consideração a existência dos chamados novos danos, que surgiram a partir desse novo modelo constitucional. Com base nisso, podemos dizer que a Constituição Federal apresenta uma verdadeira cláusula aberta, apta a ser utilizada como fundamento para o reconhecimento de danos que, embora atípicos, estando ausente uma previsão normativa expressa e específica, devem ser reconhecidos pela sua incidência nas relações interpessoais.

Já no campo infraconstitucional, nosso ordenamento jurídico, por meio do art. 186 do Código Civil de 2002, define que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", abrindo espaço para que toda a sistemática contida do artigo 927 ao artigo 954 do Código Civil seja aplicada no tocante à reparação de danos extrapatrimoniais, com as modificações cabíveis pertinentes à própria natureza do dano.

Essa cláusula aberta, ainda, nos permite chegar à conclusão lógica de que a legislação vigente estabelece um modelo aberto de proteção de interesses jurídicos, visando concretizar a máxima de proteção ao indivíduo. Ademais, pela forma como nossa Constituição Federal está estruturada, com a previsão de direitos os quais só produzem efeitos de forma plena por meio de uma concretização a nível coletivo, podemos aferir que nosso sistema jurídico criou os pilares de uma proteção transindividual de direitos, que, com o auxílio da doutrina e jurisprudência, possibilitou um novo panorama de tutela jurídica.

Os interesses passíveis de tutela jurídica não podem ser preconcebidos por meio de um rol estático, excluindo da proteção estatal tudo que estivesse fora daquele leque. O Direito, como objeto social de regulamentação de condutas humanas, deve acompanhar as mudanças sofridas no plano fático do mundo. Assim, surgindo novos interesses jurídicos conforme eventos sociais aconteçam, deve o ordenamento jurídico oferecer um arcabouço normativo apto a concretizar aqueles interesses, sobretudo em um nível social.

Tais interesses de relevância social não serão sempre traduzíveis em termos econômicos, tampouco poderiam sê-lo. A partir do momento em que se reconhece um complexo inalienável e insuscetível de violação pertencente ao indivíduo, também se reconhece que tais valores podem existir perante determinados grupos, categoriais ou classes de pessoas, ou mesmo à sociedade coletivamente considerada.

Enquanto classicamente o bem comum é compreendido sob o óbice do controle estatal, se transmite no âmbito de direitos difusos e coletivos como um bem cuja titularidade é compartilhada pelos membros de determinada coletividade, traduzindo-se em uma concretização do princípio da solidariedade, sob uma lógica não proprietária, ao menos não no sentido tradicional de propriedade, relacionado a bens corpóreos, divisíveis e individuais^[5].

Conceituado o termo “interesse coletivo” em seu aspecto amplo, cumpre destacar que a categoria descrita, como tantas outras na ciência jurídica, pode apresentar características próprias e circunstanciais, as quais permitem dividir o interesse coletivo *latto sensu* em três espécies distintas, a serem analisadas brevemente.

Tendo em vista a complementariedade entre as feições individual e coletiva da reparação do dano, os mecanismos processuais e materiais hábeis a garantir a tutela de interesses transindividuais, organizados em nosso ordenamento jurídico de forma que a tutela de direitos coletivos não inviabiliza a tutela de direitos individuais. Houve uma crescente preocupação do legislador infraconstitucional em garantir que os danos sofridos pela coletividade, em suas diversas configurações, fossem reparados, por meio de uma resposta eficaz do sistema jurídico. Com isso, a coletividade passa a poder reivindicar a tutela jurisdicional em campos que anteriormente só tinham espaço no âmbito individual, transcendendo, inclusive, o campo das reparações meramente patrimoniais

Evidentemente, o rol de valores coletivos não será nunca exaustivo. Trabalhamos com conceitos que, não custa ressaltar, são mutáveis no espaço-tempo. Assim, além daqueles constantes nos incisos do artigo 1º, I a III, da Lei 7.347/85, temos valores como a honra, tanto em seu aspecto objetivo (a reputação da coletividade) como subjetivo (a imagem que aquele grupo tem de si mesmo), além da dignidade nacional^[6]. O primeiro destes dois exemplos tem especial relevo considerando a preocupação com a tutela de

grupos de minorias como o povo indígena, quilombolas, pessoas com deficiência, negros e mulheres^[7]. Todos estes, bem como outros valores, são passivos de tutela jurídica.

Seu fundamento normativo é retirado da Lei 7.347/1985, mais precisamente de seu artigo 1º, o qual prevê expressamente a reparação de danos morais a pessoas indeterminadas. Entretanto, não é apenas a Lei da Ação Civil Pública que compõe o arcabouço jurídico que embasa as condenações de reparação dessa natureza. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, incisos VI e VII prevê a reparação de “danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” e assegura aos consumidores o acesso aos órgãos pertinentes para reparação desses mesmos danos.

A existência de interesses extrapatrimoniais passíveis de reparação encontra resguardo, ainda, conforme já mencionamos, na dignidade da pessoa humana, bem como à proteção às lesões de natureza extrapatrimonial no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

Dessa forma, devemos compreender a norma supracitada como uma cláusula aberta, da qual podemos extrair a fundamentação jurídica para a tutela de interesses extrapatrimoniais.

A expressão “dano moral coletivo” não traduz adequadamente a amplitude da violação sofrida. Em primeiro lugar, a ideia de dano moral individual já é passível de críticas doutrinárias pelo fato de que a ideia de “moral” remete à dor ou ao sofrimento de natureza psíquica, classificando o dano por um resultado que, não necessariamente, irá se concretizar. O dano moral, como dito anteriormente, não é o sentimento de abalo sofrido pela pessoa humana, mas sim uma violação a um direito da personalidade. Por tal motivo, se reconhece que a pessoa jurídica pode sofrer o chamado dano moral, cabendo a ela, por expressa disposição no art. 52 do Código Civil, a proteção, com as devidas alterações, a certos aspectos da pessoa jurídica, embora não seja dotada, evidentemente, de sentimentos como uma pessoa natural. De tal maneira, a proteção conferida à pessoa

jurídica dá-se por equiparação, por reconhecer-se a existência de um direito passível de tutela, ainda que não se possa conferir uma forma física a sua vítima.

Em segundo lugar, a ideia de “moral” remete à ideia de indivíduo. Consequentemente, remete também à ideia de pessoas determinadas ou determináveis, sendo um dos motivos para que uma parte da doutrina e a jurisprudência relutarem, por tanto tempo, em admitir a existência de danos dessa natureza.

Como restou demonstrado pela breve exposição anterior sobre a entrada dos direitos coletivos no direito pátrio, houve uma evolução no sistema jurídico brasileiro no sentido de recepcionar proteção especial a determinados interesses jurídicos, notadamente interesses no âmbito difuso e coletivo. Entretanto, o que convencionamos chamar de tutela coletiva ainda caminha timidamente, carecendo de uma atuação concreta por parte do legislador e do aplicador da norma jurídica.

A jurisprudência muito relutou em admitir essa proteção jurídica diferenciada para direitos metaindividuais, especialmente para reconhecer a incidência da responsabilidade civil diante de um dano extrapatrimonial a grupos ou categorias de pessoas. Uma das razões para tal fato reside na inexistência de previsão normativa suficiente e adequada sobre o tema, considerando que o que temos hoje em nosso ordenamento jurídico são institutos que foram criados para o dano individual e, sobretudo, patrimonial, sem equivalente para danos extrapatrimoniais difusos e coletivos.

Tomemos como parâmetro a disciplina dada pelo Código Civil acerca do arbitramento do valor da indenização. Há uma regra expressa, contida no artigo 944, que determina que a extensão do dano será o parâmetro utilizado para fixar o quantum indenizatório. Entretanto, os prejuízos efetivos e eventuais que a vítima tenha sofrido só comportam determinação econômica quando o dano tem natureza material. Em consequência, os artigos seguintes, destacando-se os artigos 948 e 952, não comportam equivalência quando o prejuízo é de ordem extrapatrimonial.

2. A função punitiva na tutela de interesses extrapatrimoniais coletivos

Não há como afastar a importância de parâmetros para a fixação do valor indenizatório em ações cíveis, sobretudo quando tratamos de danos extrapatrimoniais coletivos. Isso porque há, na responsabilidade civil coletiva, uma inegável função punitiva da responsabilidade civil.

Enquanto na responsabilidade civil clássica e individual o interesse primordial é compensar o valor do dano sofrido, tomando as funções punitiva e preventiva papéis secundários, na responsabilidade civil coletiva, a ideia de punição-precaução se destaca

diante da natureza da lesão, que muitas vezes não comporta reversão, bem como diante do interesse da sociedade de forma geral em impedir uma lesão daquela natureza.

A função compensatória, preponderante no dano extrapatrimonial individual é secundária no âmbito difuso e coletivo, por um motivo simples: Não é possível determinar a integralidade da lesão sofrida pela coletividade, em função da própria característica de direito transindividual. Dessa forma, o retorno ao status quo ante não é sempre viável. De fato, na maioria das lesões a interesses difusos e coletivos, é impossível. Não tratamos aqui da responsabilidade civil clássica, porque lidamos com interesses que, no desenvolvimento da teoria clássica do Direito de Danos, não haveriam de ser contemplados, pelo momento em se desenvolveu os parâmetros do Direito Civil, ou seja, um Direito voltado ao indivíduo, em que a ideia de solidariedade não se manifestava de forma significativa. Apenas com a constitucionalização do Direito Civil e com a quebra da divisão entre Direito Público e Direito Privado é que houve uma tendência a focar no aspecto macrossocial, como forma efetiva de tutela de direitos. E tal tutela só seria viável se a responsabilidade civil fosse além da compensação do dano, abrangendo também formas de repreensão e prevenção de condutas.

Assim, o que se visa na fixação de um montante pecuniário é sancionar a prática da conduta ilícita, que causou um dano a um valor fundamental da coletividade. A fixação de uma reparação pecuniária seria, ainda, dotada de uma função preventiva, a fim de desestimular a prática danosa[8]. A finalidade compensatória perde espaço, ainda, pela natureza indivisível do objeto em questão, bem como a indeterminabilidade dos sujeitos que se inserem no grupo afetado[9].

Neste sentido, é apenas de forma secundária que há uma finalidade compensatória, que se constitui apenas indiretamente, razão que justifica a destinação do valor pecuniário para um fundo específico.

Entretanto, há autores que entendem que o dano moral não pode ser visto como dano punitivo, mesmo no aspecto transindividual, tendo em vista que desvirtuaria a função reparatória da indenização e, assim, não estaria presente um dos pressupostos da responsabilidade civil. Seguindo tal linha:

[...] o caráter punitivo do dano moral, em última análise, cria muito mais problemas do que soluções, incentivando decisões incompatíveis com o paradigma democrático, que muitas vezes, sob o pretexto da necessária atividade criativa do judiciário, passa a permitir decisões arbitrárias ou maquiadas[10].

Entendemos que, inegavelmente, a função punitiva do Direito Civil deve ser admitida com bastante parcimônia, caso contrário haveria uma verdadeira substituição do Direito Penal. Contudo, nos parece que negar a incidência do caráter punitivo na responsabilidade civil não seria o melhor caminho, sendo importante considerar que a existência da função punitiva não desvincula a responsabilidade civil de seu caráter compensatório. Pelo contrário, ao se analisar uma nova função da responsabilidade civil, pretende-se estabelecer uma harmonia entre a figura da vítima e a figura da sociedade.

Fica evidente que prepondera na reparação do dano extrapatrimonial coletivo a finalidade punitiva ou de desestímulo da conduta, sendo tal finalidade um parâmetro a ser observado na fixação do montante reparatório. Trata-se de um importante fator para prevenir a reiteração do comportamento danoso pelo ofensor, ou que terceiros incorram no mesmo comportamento[11].

Ademais, a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos tem uma função ainda preventiva, voltada para impedir o comportamento futuro. Nesse sentido, é aplicável quando o agente ofensor exerça aquela atividade a qual deu causa a conduta danosa. Seria o caso em especial de pessoas jurídicas que atuam no mercado de consumo produzindo mercadorias. Pelo fato do desestímulo se ligar a um fato futuro, diferenciando-se, assim, da função punitiva (a qual é sempre voltada pelo fato já praticado pelo ofensor), as verbas pecuniárias reparatórias devem estar devidamente discriminadas⁴⁶. A função preventiva tem um papel social importante, sendo ressaltada por alguns autores, que veem no desestímulo o verdadeiro sentido da condenação a indenização por danos transindividuais coletivos. Compactua desse entendimento Amaury Júnior:

Admite-se a função punitiva, mas não como retribuição tailiônica ao ofensor, antes como medida salutar de reprimenda social que objetive o desestímulo (tanto do autor da ofensa quanto de terceiros) a práticas socialmente condenadas. Para além da punição, que busca satisfazer um sentimento egoístico que é próprio do ser humano, mas não deve marcar indelevelmente os atos de uma sociedade que prima pelo respeito à dignidade humana, mostra-se de todo apropriado conceber a indenização por dano moral coletivo como instrumento inibidor de condutas impróprias, aquelas que desrespeitam os valores éticos norteadores do sentimento coletivo de dignidade e solidariedade humana[12].

A noção de risco, e, conseqüentemente, sua regulamentação, representa hoje um importante papel no âmbito da tutela de interesses transindividuais, tendo em vista que é a sua existência que enseja a proteção jurídica oferecida pelo sistema. Dessa forma, é crescente o campo da tutela que parte do ponto do risco, e não mais do dano ou do ato ilícito. Seguindo esse mesmo entendimento:

[...] a proteção do meio ambiente (e de modo semelhante a do consumidor), na ordem constitucional brasileira não se fundamenta nem na noção de dano ou em uma limitada leitura do ilícito, mas sim na de risco. O risco representa o próprio desconhecimento, a indisponibilidade, a insuficiência ou a incerteza sobre as bases de conhecimento associadas aos comportamentos ou atividades. Não é possível aferir-se sob essas condições a verossimilhança de dano ou de violação à regra jurídica. Há simplesmente um estado de risco e de indefinição cognitiva, que, por si só, já autoriza a instauração de processos de proteção[13].

A tutela preventiva encontra respaldo legal na Lei n. 7.347 que, como dissemos anteriormente, estabelece várias diretrizes materiais e processuais no âmbito dos direitos difusos e coletivos. Vejamos o que determina a referida lei sobre o assunto:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei da Ação Civil Pública, de igual maneira, silencia no tocante aos critérios utilizados para estabelecer o quantum reparatório extrapatrimonial. Em seu silêncio, o instrumento normativo a ser utilizado deveria ser o Código Civil, mas, como supramencionado, o diploma normativo não traz solução para o problema.

Observa-se, portanto, que a tutela preventiva é plenamente cabível sob o óbice do microsistema processual coletivo. Não poderia ser diferente. Cada vez mais há um interesse da sociedade em evitar as condutas danosas, no lugar de enfrentar possíveis impactos irreparáveis a valores os quais não podem ser livremente reconstituídos, sendo insuficiente a mera reparação.

Ocorre que nem sempre a prevenção do dano será possível. Assim, restará, tão somente, minimizar o prejuízo sofrido. É por esse motivo que o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) prevê que "A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". É apenas de maneira ideal que a tutela preventiva será possível. Na grande maioria das vezes, a judicialização se dá quando o direito já foi violado.

Assim, podemos dizer que o modelo brasileiro, que destina o valor das indenizações para um fundo de tutela dos bens lesados, possui, sobretudo, uma função social de

destaque, predominante reconstitutiva de bens lesados, mas não é essa sua única prioridade^[14], contando com uma visão preventiva da tutela transindividual. A recomposição é, de fato, preferível, mas há que se atentar para o fato de que, muitas vezes, é também inviável. É por essa razão que a quantificação do dano guarda importante relevância para a proteção de interesses transindividuais.

3. Para a construção de parâmetros adequados à quantificação de danos extrapatrimoniais coletivos

Dentro das deficiências do atual modelo de tutela coletiva, destaca-se o fato de que não há critérios bem delineados em dispositivos legais que permitam construir um método para estabelecer o quantum reparatório. Assim, restou à doutrina e à jurisprudência estabelecer parâmetros de fixação. E isso apenas no plano individual, pois ao compararmos a fixação da indenização em litígios coletivos, nos deparamos com verdadeiras atrocidades jurídicas, estando ausentes quaisquer critérios que permitam chegar ao montante fixado pelo julgador.

Dessa forma, um dos maiores desafios modernos da tutela coletiva é a adequação da sua indenização, tanto sob o aspecto quantitativo, a fim de corresponder o montante reparatório a um valor razoável para a compensação devida do dano, quanto sob o aspecto finalístico, que será melhor abordado em tópico próprio.

Em face à ausência de critérios legais, a aplicação adequada da norma mostra-se um exercício delicado, que exige do julgador o emprego de métodos jurídicos os quais, ainda que não obedeçam uma fórmula infalível, devem estabelecer parâmetros mínimos, a fim de que em instâncias superiores o valor da indenização não seja reduzido significativamente sob a alegação de desproporcionalidade em relação à lesão, sob pena da reparação do dano perder seu propósito.

Chega-se à conclusão lógica, portanto, de que no tocante às lesões de natureza transindividual, faz-se necessário uma reaproximação entre o Direito Civil e o Direito Penal. Considere-se, inicialmente, que a função sancionatória é preponderante na reparação de danos sofridos a interesses difusos e coletivos. Afinal, estamos diante de lesões as quais não comportam expressão econômica, mas que, tendo em vista sua relevância social, necessitam de tratamento especial pelo nosso ordenamento jurídico, de forma a reprimir a conduta danosa, diante de seu alto grau de reprovabilidade, bem como prevenir futuras lesões de natureza similar.

Assim, o modelo mais adequado para fixação do quantum reparatório parece ser aquele que leva em consideração essas particularidades da lesão transindividual, ressaltando o caráter pedagógico da sanção. Nesse sentido, a utilização de elementos

tipicamente empregados no Direito Penal nos parece ser o mais adequado para que a indenização, em tais casos, atinja seu propósito.

O arbitramento do dano extrapatrimonial encontrou um óbice em sua própria natureza. Diante de um bem que não comporta quantificação em termos econômicos, os únicos critérios que se mostram adequados para determinar uma reparação pecuniária que melhor atenda o interesse violado são a proporcionalidade e a razoabilidade.

É no dano extrapatrimonial coletivo que encontramos uma maior junção dos ramos Civil e Penal do direito, superando uma velha dicotomia. Por essa razão é que a função preponderante na reparação de danos extrapatrimoniais de tal natureza é a função punitiva. Não se busca a mera compensação do ilícito civil. A gravidade da conduta praticada pelo agente ofensor foi de tal maneira gravosa que faz-se necessária uma sanção jurídica apta a responder ao ato ilícito.

Como bem delineado anteriormente, o Direito Penal é concebido como um ramo voltado para a tutela da sociedade, e não do mero indivíduo, este tradicionalmente tutelado pelo Direito Civil. Mas com a concepção de novos interesses que ultrapassam essa divisão clássica entre individual e coletivo, é nítida a aproximação do Direito Penal com o Direito Civil.

A superação dessa dicotomia e o caráter punitivo da sanção civil são elementos que devem ser levados em consideração pelo magistrado no arbitramento do quantum reparatório. Para tanto, a reparação não utilizará como parâmetro tão somente conceitos clássicos da responsabilidade civil, mas sim acrescentará princípios do direito penal.

A bem verdade, não poderia ser diferente. Afinal “as hipóteses sancionatórias das penas civis são ontologicamente incompatíveis com as regras inerentes às sanções reintegratórias de interesses privados”^[15].

O direito aqui violado é, primordialmente, de relevância social. Ainda que a esfera individual seja afetada, o bem jurídico tutelado pertence a uma determinada coletividade. Portanto, a proporcionalidade e a razoabilidade são critérios adequados, mas demonstram-se insuficientes para estabelecer a reparação pecuniária.

Não se nega que o subjetivismo é inerente ao ser humano e, como julgador, o magistrado não está afastado de exercer um juízo de valor. Entretanto, proporcionalidade e razoabilidade não podem nem devem ser confundidas com permissão para o julgador decidir pautado em sua conveniência.

Pelo contrário. A ideia de proporcionalidade e razoabilidade impõem um dever de fundamentação, devendo o aplicador da norma demonstrar a adequação entre o resultado pretendido e o meio utilizado[16].

Entretanto, no Brasil, ainda há uma inegável dificuldade do operador do direito em valer-se efetivamente da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação normativa, que são utilizados pelos magistrados mais pela força da autoridade retórica desses conceitos, sem haver uma articulação mínima entre os elementos do caso concreto e os conceitos normativos, nem um conhecimento mais profundo sobre o tema e a sua consequente utilização[17]. Dessa forma:

[...] não é raro encontrar decisões em cuja fundamentação flutua apenas uma ementa de outro julgado como 'motivo' ou 'justificação' de sua conclusão, sem qualquer menção sobre a sua coerência, pertinência, relação ou simples ligação com o caso em questão[18].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não é diferente. Vemos diversas menções à proporcionalidade e razoabilidade, sem delinear de que maneira foram empregadas.

Classicamente, a referida Corte aplica o método bifásico de arbitramento para dano moral, consistindo em uma primeira fase em que se verificam os parâmetros jurisprudenciais utilizados até então, seguido de uma segunda fase destinada à apreciação do caso concreto, como podemos observar:

A reparação adequada do dano moral coletivo deve refletir sua função sancionatória e pedagógica, desestimulando o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, um ônus financeiro capaz de inviabilizar a continuidade da atividade empresarial exercida pelo fornecedor. Importante ressaltar, ademais, que a quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 163-165). O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados. Em se tratando de dano moral individual, esta Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.473.393/SP - de minha relatoria -, adotou o mesmo entendimento da Terceira, no sentido da utilização de método bifásico para garantir

o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. (...) Nesse passo, suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, creio ser possível o emprego do referido método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo. Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo, consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado (REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016; REsp 1.250.582/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.04.2016, DJe 31.05.2016; REsp 1.315.822/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24.03.2015, DJe 16.04.2015; e REsp 1.291.213/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30.08.2012, DJe 25.09.2012). Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto (conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de grande capacidade econômica; incontroverso proveito econômico no importe de mais de R\$ 90.000,00 - noventa mil reais - por programa; omissão apesar de sucessivos requerimentos do Ministério Público para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta; e significativa reprovabilidade social da lesão), considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), consoante estabelecido na origem^[19].

A ausência de critérios bem delineados que levaram a essa decisão ainda poderia ser atribuída ao fato de que o STJ muito relutou em admitir a existência de danos extrapatrimoniais no âmbito de direitos difusos e coletivos, portanto, as particularidades dessas categorias jurídicas ainda são trabalhadas por nossas Cortes Superiores de forma incipiente. Contudo, isso não afasta a necessidade de se adotar critérios adequados para a fixação da prestação pecuniária pelo dano extrapatrimonial coletivo.

De tal sorte, a conclusão lógica é que alguns parâmetros devem ser utilizados pelo julgador, para impedir que, em instâncias superiores, o valor da indenização seja modificação. Isso porque, naturalmente, as instâncias superiores estão afastadas do resultado direto do dano.

Nesse sentido, entendemos que, dada a função punitiva do dano moral coletivo, podemos tomar como parâmetro o Código Penal para estabelecer um modelo adequado para fixar o montante reparatório. Mais especificamente, o art. 59 do Código Penal estabelece os aspectos subjetivos e objetivos que deverão ser levados em consideração pelo magistrado para o estabelecimento da pena. O referido dispositivo, em seu caput, estabelece:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Portanto, na esfera penal o legislador estabeleceu critérios bem delineados para a fixação da pena. Entretanto, o mesmo não se dá no âmbito civil no tocante à responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Embora o Código Civil determine os parâmetros objetivos para a fixação da indenização por danos patrimoniais, o dano moral ainda é tratado de maneira vaga e abstrata.

É de suma importância, então, que o valor fixado pelo juiz siga determinados parâmetros. Afinal de contas, a fixação de um valor desproporcional ao dano perde sua natureza reparatória, descaracterizando o instituto. Mas o magistrado precisa de elementos concretos para balizar sua decisão.

A quantificação será, evidentemente, sempre passível de questionamentos. Afinal, a valoração econômica de bens coletivos encontra desafios tanto de natureza prática quanto teórica. Temos um bem que não pode ser livremente transacionado, sendo impenhorável, inalienável e imprescritível.

Na verdade, a quantificação é uma forma de tutelar um bem, utilizando a via econômica. Como dito anteriormente, a imposição de obrigação de fazer ou não fazer não será sempre viável ou mesmo será a solução mais adequada, mas ao deixar de estabelecer uma sanção para o comportamento danoso, não há reestabelecimento do equilíbrio social colocado em risco pelo dano.

Alguns doutrinadores buscaram estabelecer critérios a fim de quantificar o dano extrapatrimonial coletivo. No que diz respeito ao dano ambiental, buscou-se estabelecer metodologia para a valoração econômica, dividindo os métodos em dois grupos principais: Os métodos diretos vinculam-se a valores de mercado, incluindo-se neste grupo o método do preço líquido, o qual multiplica o preço líquido de mercado de recursos naturais pelas unidades físicas dos recursos, e também o método das mudanças na produtividade, em que se avalia as mudanças físicas na produção causadas pelos impactos ambientais.

Já os métodos indiretos são empregados diante da inexistência de um mercado real para este bem, utilizando-se avaliações subjetivas. Neste grupo, considera-se não só as características materiais, mas também os atributos incorpóreos, os “atributos ambientais”. Por sua vez, a valoração contingente determina o valor dos recursos naturais a partir das preferências dos consumidores[20]

Na mesma linha, Nelson Rosendal divide os critérios a serem utilizados na fixação da reparação em atributos subjetivos e objetivos[21], que deverão ser empregados quando o interesse tutelado ultrapassa o âmbito dos interesses privados, como é o caso em interesses transindividuais.

Há, primeiramente, no âmbito dos atributos subjetivos a gradação da culpa do agente. Embora a responsabilidade em danos extrapatrimoniais coletivos e difusos seja objetiva, essa gradação tem relevo ao passo que permite uma maior ou menor imputação à conduta do agente, devendo o mesmo responder de acordo juridicamente. Nesse sentido, a chamada “culpa grave” ou mesmo o “dolo” devem influir negativamente na valoração da conduta do agente.

A culpabilidade é, portanto, a primeira etapa a ser analisada pelo magistrado. Embora Rosendal entenda que “havendo um ato ilícito culposos, decorrente de um comportamento negligente que eventualmente poderia suceder na vida de qualquer pessoa normalmente diligente e atenta, não há a necessidade do direito privado acionar mecanismos especiais de substância penal”^[22], somos forçados a discordar do entendimento do referido autor. Isso porque a responsabilidade em danos extrapatrimoniais difusos e coletivos é objetiva, dada a relevância social do direito violado, então a culpa leve ou a ausência de tal elemento subjetivo pode ser utilizado para valorar positivamente a conduta do agente, mas jamais para afastar o caráter punitivo da reparação.

A conduta social e a personalidade do agente não devem ser aqui consideradas pelo fato de que são intrínsecos ao sujeito ofensor, sem guardar relevância com o dano causado, ultrapassando o liame subjetivo entre causa e efeito. Já o comportamento da vítima, por outro lado, deve ser desconsiderado, pela transindividualidade característica do direito violado, não sendo possível, na maioria das vezes, precisar como determinados membros da coletividade contribuíram para aquele dano. Os antecedentes do ofensor, por sua vez, devem ser levados em consideração, sobretudo se a ofensa analisada não for a primeira dessa natureza cometida pelo agente.

No tocante aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, não há qualquer óbice para que seja feita uma valoração. Tomemos o mesmo exemplo da ementa transcrita acima, referente aos postos de combustível. O motivo da adulteração foi, evidentemente,

o lucro. A ganância deverá, portanto, ser valorada negativamente. As circunstâncias do crime revelam que, além da adulteração por tempo indeterminado, houve comercialização de determinada marca de combustível no lugar de outra, em claro desrespeito às normas consumeristas. Por fim, as consequências foram que os consumidores pagaram alguns centavos a mais por litro de combustível, mas, coletivamente considerado, houve lucro exorbitante e desproporcional dos agentes infratores.

Em seguida, devemos nos ater à personalidade da pena, da qual decorre sua intransmissibilidade. Portanto, a sanção não pode nem deve ser afastada por cláusula contratual, para transferir o ônus do dever de reparar para terceiro. Se assim o fosse, estaria descaracterizada a própria natureza da sanção. Não será, de igual maneira, transferível aos herdeiros do agente, dado o caráter pessoal da sanção^[23].

Sobre isso, André de Carvalho Ramos afirma que “cabe ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, o fator de desestímulo que a indenização por dano moral acarreta”^[24].

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar Filho leciona que “há que se obedecer, na fixação do *quantum debeat*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato”^[25].

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo fazer uma breve análise dos desafios na adequada reparação de danos a interesses transindividuais, sobretudo em relação à quantificação do montante reparatório em casos de violações a interesses difusos e coletivos.

Embora não seja possível estabelecer uma regra, sob pena de reduzir o tema a uma visão demasiadamente reducionista, é importante estabelecer critérios para a quantificação do dano. Não se discute que há uma série de fatores intrínsecos e extrínsecos a lesão, mas não podemos manter o *status quo* da doutrina e da jurisprudência e deixar que a proporcionalidade e a razoabilidade sejam os únicos critérios adotados pelos magistrados.

Afinal, a ausência de precisão nos critérios para a fixação do dano extrapatrimonial coletivo faz com que haja o perigo de, em situações semelhantes, nos depararmos com soluções díspares. Sob pena de aplicar uma solução inadequada para uma mesma lesão jurídica, não há outra alternativa que não seja delinear critérios robustos para fixação do dano.

Isso representa um grande perigo para a segurança jurídica, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, que é o que o Brasil pretende ser. Assim, deve ser reconhecida a necessidade de critérios mínimos para a fixação da indenização.

Há que se ressaltar, ainda, que, uma vez fixada a indenização, mesmo em uma instância superior, dificilmente haverá alteração do valor fixado pelo magistrado em primeiro grau. É o entendimento do STJ que a Corte não pode rever os critérios utilizados pelo julgador a não ser diante de flagrante desproporcionalidade. Nesse sentido, cabe observar o julgado recente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA RESPONSABILIDADE CIVIL DA RECORRENTE. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) A alteração desse entendimento demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte. V. No que tange ao quantum indenizatório, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, fixou a indenização por danos morais coletivos em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), considerando "a atividade desenvolvida pela ré, o elevado número de infrações, a revelar conduta abusiva, e a ofensa a diversos direitos tutelados pela Constituição Federal, com inegáveis prejuízos à coletividade". Tal contexto não autoriza a redução pretendida, de

maneira que não há como acolher a pretensão do recorrente, em face da Súmula 7/STJ.VI. Descabimento do Recurso Especial com base no dissídio jurisprudencial, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea a do permissivo constitucional, servem de justificativa quanto à sua alínea c. VII. Agravo interno improvido[26].

A decisão é apenas uma das quais exemplifica que o Superior Tribunal de Justiça apenas revê as reparações quando encontram-se em um dos extremos: o montante exorbitante ou o montante irrisório. Portanto, a regra é que a quantificação seja mantida, salvo se representar verdadeira teratologia. Assim, dificilmente será mantida uma congruência entre as decisões relativas a danos de natureza semelhante.

De tal forma, cabe ao juiz tentar embasar a decisão em critérios seguros, não no sentido de fornecer um modelo inexorável, o qual não comporta exceções diante das particularidades do caso, mas sim de fornecer parâmetros flexíveis ao julgador a fim de garantir à coletividade uma reparação pecuniária que atenda ao interesse violado e sirva a seu papel de desestímulo à conduta do ofensor.

Portanto, é, não só adequado, como recomendável, a utilização das chamadas circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, a fim de balizar a fixação de uma indenização razoável, justa, e, principalmente, capaz de reparar o dano sofrido pela coletividade, ao mesmo tempo em que dissuade o agente de reincidir na conduta lesiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages*** na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, 1994.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1517973/PE 2015/0040755-0, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 16/11/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-1517973-pe-2015-0040755-0/inteiro-teor-549846399>>. Acesso em 20/11/18.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1161016/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, 13/09/2018. Disponível em <

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702162627 >. Acesso em 24 de jan. de 2019.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDDD. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15/01/19.

CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. Dano moral coletivo e os serviços de transporte de passageiros. In: **Revista de Direito Privado**, v. 10, n.38, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 176-203, abr./jun., 2009.

CRESPO, Leme Danilo; FORTUNA, Marcelo. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**, ano 18, n. 79. Recife: Revista dos Tribunais, p. 131-161, Jul., 2017.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. As titularidades dos direitos difusos e seus impactos nas relações privadas: uma reflexão sobre as categorias jurídicas ligadas ao pertencimento. In **Revista Fórum de Direito Civil**. ano 7, n. 17, Belo Horizonte, Editora Fórum, p. 45-57, janeiro/abril, 2018.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. de. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11, n. 37, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 185-218, jul./dez., 2017.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Jailson José de; PILATI, Luciana Cardoso Pilati; JAMUNDÁ, Woldemar. **Jurisprudência sobre dano moral ambiental**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1407&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 25/07/18.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, ano 56, n. 86, jul./dez., 2012. Disponível em < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250> >. Acesso em 13/01/19.

RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1998.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil:** a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo:** Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, Curitiba.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

NOTAS:

[1] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 106.

[2] VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo:** Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito), UFPR, Curitiba, p. 33.

[3] WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 628.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52.

[5] GUILHERMINO, Everilda Brandão. As titularidades dos direitos difusos e seus impactos nas relações privadas: uma reflexão sobre as categorias jurídicas ligadas ao pertencimento. In **Revista Fórum de Direito Civil.** ano 7, n. 17, Belo Horizonte, Editora Fórum, p. 45-57, janeiro/abril, 2018, p. 47-49.

[6] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em 06.06.2018.

[7] A palavra “minoria” deve ser compreendida sob o prisma de um grupo vulnerável em aspectos socioeconômicos, ainda que estejam em maior número populacional.

[8] CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. Dano moral coletivo e os serviços de transporte de passageiros. In: **Revista de Direito Privado**, v. 10, n.38, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 176-203, abr./jun., 2009, p. 189.

[9] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 160-161.

[10] CRESPO, Leme Danilo; FORTUNA, Marcelo. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**, ano 18, n. 79. Recife: Revista dos Tribunais, p. 131-161, Jul., 2017, p. 149.

[11] ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages** na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 62.

[12] PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, ano 56, n. 86, jul./dez., 2012. Disponível em < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250> >. Acesso em 13/01/19.

[13] YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 236-237.

[14] CARNEIRO FILHO, Humberto João. Estrutura, funcionamento e evolução do fundo de defesa dos direitos difusos – FDDD. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/25>>. Acesso em 15/01/19.

[15] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48

[16] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 115ss.

[17] Sobre a argumentação de autoridade que predomina no discurso jurídico brasileiro, conferir RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 71ss.

[18] KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raíi M. S. de. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 11, n. 37, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 185-218, jul./dez., 2017, p. 207.

[19] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1517973/PE 2015/0040755-0, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 16/11/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-1517973-pe-2015-0040755-0/inteiro-teor-549846399>>. Acesso em 20/11/18.

[20] LEITE, José Rubens Morato; MELO, Jailson José de; PILATI, Luciana Cardoso Pilati; JAMUNDÁ, Woldemar. **Jurisprudência sobre dano moral ambiental**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1407&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 25/07/18.

[21] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

[22] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50

[23] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52.

[24] RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1998, p. 86.

[25] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, 1994, p. 59.

[26] BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1161016/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, 13/09/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702162627>. **Acesso** em 24 de jan. de 2019.

OS DIREITOS DAS MULHERES TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

INGRID LIMA VIEIRA: Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós graduanda em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Espírito Santo - ESMAGES²⁵.

JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA[1]

(orientador)

RESUMO: Trata-se de abordagem com o fito de demonstrar a evolução da proteção dos direitos das mulheres transgênero em nosso ordenamento. O gênero é uma construção social. Logo, a identidade de gênero é a forma como um indivíduo se identifica perante a sociedade, independente do seu sexo biológico, podendo se definir, desta forma, como pessoa transgênero. Transgênero, por sua vez, é a pessoa que se identifica com um gênero diverso daquele correspondente ao seu sexo biológico. Assim, a mulher trans, em que pese ter o sexo biológico como masculino, se identifica com o gênero feminino e deseja ser reconhecida dessa forma. Verifica-se, na sociedade, um quadro de preconceito e violação massiva de direitos desse grupo minoritário. Contudo, embora o crescimento do índice de violência ainda seja alarmante, conforme análise de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, com o passar dos anos, vem apresentando evolução acerca da proteção dos direitos fundamentais das pessoas trans, como a possibilidade de retificação do nome e gênero sem necessidade de cirurgia, a união estável e casamento das pessoas do mesmo sexo, a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans e a viabilidade de escolha acerca da unidade de cumprimento de pena, de acordo com critério de autodeclaração do gênero.

Palavras-chave: Gênero. Direitos fundamentais. Mulher transgênero.

ABSTRACT: It is an approach with the aim of demonstrating the evolution of the protection of the rights of transgender women in our legal system. Gender is a social construction. Therefore, gender identity is the way an individual identifies himself to society, regardless of his biological sex, being able to define himself, in this way, as a transgender person. Transgender, on the other hand, is a person who identifies with a gender other than their

²⁵ E-mail: ingrid.limav@gmail.com

biological sex. Thus, the trans woman, despite having the biological sex as male, identifies with the female gender and wants to be recognized in this way. There is, in society, a picture of prejudice and massive violation of rights of this minority group. However, although the increase in the rate of violence is still alarming, according to the analysis of recent judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, it was found that the legal system Over the years, the Brazilian population has presented an evolution regarding the protection of the fundamental rights of trans people, such as the possibility of correcting the name and gender without the need for surgery, the stable union and marriage of people of the same sex, the application of the Law Maria da Penha to trans women and the feasibility of choosing the unit to serve the sentence, according to the criterion of self-declaration of gender.

Keywords: Gender. Fundamental Rights. Transgender Woman.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2. Desenvolvimento: 2.1. Orientação sexual e gênero como direitos fundamentais; 2.2. Violência de gênero; 2.3. Evolução legal e jurisprudencial da proteção dos direitos da mulher transgênero; 3 - Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo esclarecer a diversidade de hipóteses de orientação sexual e identidade de gênero, bem como suas violações e a evolução do ordenamento na proteção dos direitos das mulheres transgênero.

Inicialmente, será destacado o direito de cada pessoa ser tratada conforme sua identidade de gênero, a qual pode se dividir em cisgêneras, transgêneras, travestis ou transexuais, conforme será explicitado adiante.

Outrossim, em que pese a evolução da proteção do direito fundamental à identidade de gênero, como com o reconhecimento da homofobia como crime, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal, trata-se ainda, de grupo vulnerável, em que há reiterada e violação diária dos seus direitos, sendo o Brasil o país que mais mata pessoas transexuais e travestis, o que traz a importância do debate em torno da temática.

O método científico escolhido para estudar o tema é o da pesquisa teórica e bibliográfica, não se limitando aos aspectos legais, mas principalmente com foco na análise dos recentes julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que reconheceram diversos direitos à minoria em questão.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 ORIENTAÇÃO SEXUAL E GÊNERO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A orientação sexual é a atração emocional, afetiva ou sexual que o indivíduo sente pelo outro. Nos termos do Princípio de Yogyakarta[2], orientação sexual consiste em:

[...] uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Assim, de acordo com sua atração sexual, a pessoa pode ser classificada em homossexual, heterossexual, bissexual ou assexual, sendo estas as conceituações de orientação sexual mais comuns.

Na heterossexualidade, há atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa de gênero diferente, enquanto na homossexualidade, essa atração é por pessoa do mesmo gênero. A bissexualidade ocorre quando há atração pelos dois gêneros e a assexualidade é a ausência de atração sexual.

A identidade de gênero, por sua vez, é a forma como o indivíduo se identifica, como se descreve e deseja ser reconhecido perante a sociedade, independente do seu sexo biológico. Também nos termos dos Princípios de Yogyakarta, identidade de gênero é:

[...] profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.[3]

Da análise da nossa sociedade, pode-se verificar que o gênero masculino e feminino é uma construção social, ou seja, são papéis construídos na sociedade, de acordo com as interações humanas.

Em contrapartida, o sexo de cada pessoa, é um conceito biológico, pois varia de acordo com a genitália e capacidade de reprodução, conforme cada ser humano nasce.

Portanto, o sexo biológico não pode ser confundido com a identidade de gênero. Todo ser humano possui sexo biológico masculino ou feminino, mas cada um possui identidade de gênero de acordo com o gênero que se identifica.

Diante disso, pode-se citar variações da identidade de gênero conceituando os cisgêneros, transgêneros, transexuais e travestis. As pessoas cisgêneras são aquelas que

possuem identidade de gênero correspondente ao sexo biológico, ou seja, integram o padrão aceitável pela sociedade. Transgênero é expressão usada para denominar aqueles que têm identidade de gênero diverso do sexo biológico, tratando-se de conceito amplo.

As pessoas transgêneros podem ser homem transexual ou mulher transexual. A mulher transexual se identifica com gênero oposto ao sexo biológico. Logo, nasceu com sexo biológico masculino, mas se identifica com o gênero feminino e deseja ser reconhecida dessa forma.

As travestis, embora haja controvérsias e muitas vezes semelhança com a própria mulher transexual, pode-se dizer que se reconhecem como um terceiro gênero ou não gênero e muitas vezes, são vistas como marginalizadas.

O presente estudo analisará os direitos dos transgêneros, mas, em especial, a proteção à mulher transexual. Os direitos à identidade de gênero e à orientação sexual devem ser vistos como direitos fundamentais. Embora não haja previsão expressa em nossa Constituição Federal de 88 – CF/88, seu fundamento pode ser extraído da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) da proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), ou ainda do art. 5º, §2º, CF/88, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”[4].

Com base no referido dispositivo, deve ser utilizada a normativa internacional protetiva dos direitos à identidade de gênero. Pode-se citar, os Princípios de Yogyakarta[5], que, embora tenham natureza de *soft law*, trazem diversos princípios importantes sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Outrossim, a Opinião Consultiva nº 24[6], da Corte Internacional de Direitos Humanos é emblemática acerca da interpretação da proteção dos direitos inerentes à identidade de gênero.

A própria Carta Interamericana de Direitos Humanos[7], que possui status supralegal em nosso ordenamento interno, traz, em seu art. 1.1 e 5, a obrigação dos Estados em respeitar os direitos e deveres dos indivíduos, sem discriminação de sexo. Cite-se:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A proteção aos direitos em questão pode buscar fundamento ainda, nos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial o Caso Atala Rifo x Chile, no qual o Estado foi responsabilizado pela discriminação por orientação sexual.

A preservação desses direitos pode se dar de forma direta, através das normas supracitadas, bem como de forma indireta, através da interpretação do direito à igualdade, em seu viés substancial, não sendo suficiente a análise apenas do seu aspecto formal.

A igualdade material ou substancial visa o tratamento de forma desigual dos grupos minoritários, a fim de que possa ser alcançada a verdadeira isonomia entre os grupos. O Supremo Tribunal Federal, trata da igualdade ainda, como reconhecimento, “[...] significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras”[8].

Dessa forma, busca-se reconhecer e ampliar direitos das pessoas transexuais, diante da histórica violação de sua liberdade e garantias fundamentais, conforme será demonstrado a seguir.

2.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero é aquela exercida sobre qualquer pessoa ou grupo de pessoas em razão do gênero que possuem ou se identificam. Historicamente, o gênero feminino sempre foi o mais vulnerável às diversas violações, sendo a mulher vítima de uma sociedade machista e patriarcal.

Ocorre que, quando se fala em violência do gênero feminino, deve-se levar em consideração não apenas o sexo biológico, conforme supracitado, mas também a identidade de gênero.

Dessa forma, assim como o sexo biológico feminino, o gênero feminino sempre foi culturalmente violado. Tais violações envolvem violência física, mas também a moral, psicológica, sexual ou patrimonial.

Em nosso ordenamento jurídico, tem-se a Lei 11340/06, que define expressamente os tipos de violência passíveis de serem sofridas pelo gênero feminino:

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

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

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

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Todas hipóteses de violência acima, incidem também na vida das mulheres transgêneros, sendo, inclusive, a Lei 11340/06 aplicável em sua proteção, conforme será visto adiante.

Um ponto alarmante objeto deste trabalho, é a constatação feita através do estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o qual concluiu ser o Brasil o país em que mais ocorre assassinatos de transexuais e travestis.

Conforme se extrai da referida pesquisa, as mortes das pessoas transgênero, ocorrem, em sua maioria, com brutalidade, utilizando-se de meios cruéis e ainda, com uma tendência de golpes em órgãos íntimos e rosto, o que demonstra tratar-se de crime de ódio e discriminação.

Dentre o grupo LGBTIQIA+ - (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, queer, intersexo e assexuais), o grupo que sofre mais violência são as mulheres transexuais e as travestis.

Conforme resultado da pesquisa supracitada, no ano de 2021, ocorreram “[...] pelo menos 140 (cento e quarenta) assassinatos de pessoas trans, **sendo 135 (cento e trinta e cinco) travestis e mulheres transexuais**, e 05 (cinco) casos de homens trans e pessoas transmasculinas”[9].

Percebe-se que pelo fato de se apresentarem fisicamente com traços e expressões femininas, o estigma da violência se repete assim como ocorre com as pessoas com sexo biológico feminino.

As mulheres cisgêneros são violentadas diariamente, conforme se verifica em todos os noticiários ou redes sociais. Ocorre que, quando se trata da mulher trans, o índice de violência é ainda maior.

A diferença reside no fato de que o Poder público realiza pesquisas e aponta dados referentes a violência de gênero da mulher cis, mas tais dados não incluem o número elevado de vítimas transexuais. Essa ausência de notificação ou de divulgação dessas informações, trazem ainda mais invisibilidade às pessoas trans.

Além disso, na atual era digital em que vivemos, a disseminação de informações de ódio, inclusive com as famosas *fake news*, ampliam o discurso de ódio contra as mulheres transgêneros, o que, conseqüentemente, amplia o cometimento de crimes de ódio.

Outro fator relevante para a perpetuação e ampliação dessa violência, são discursos de líderes governamentais, quando utilizam-se de tom e palavras pejorativas para se referirem aos transgêneros. Tal conduta gera falsa legitimidade do povo ao reproduzir tais discursos, afinal, se espelham em autoridades do País.

Da mesma forma, declarações religiosas discriminatórias são, muitas vezes, utilizadas para aumentar o preconceito contra o grupo em questão e ensinar uma sociedade cada dia mais intolerante com minorias, em imobscância ao Estado laico que se vive.

Em que pese as diversas formas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, a pesquisa em questão afirma que a transfobia é a maior causa de violações de direitos pela pessoas transgêneros.

Entende-se por comportamento transfóbico[10]:

[...] quaisquer atitudes inferiorizantes, degradantes ou humilhantes que pode ou não incluir agressões físicas, verbais, simbólicas, materiais, patrimoniais e/ou psicológicas manifestadas com o intuito de violar direitos, negar acesso ou dificultar a cidadania, coibir a livre expressão de gênero, assim como a de negar o reconhecimento da autodeclaração de gênero de travestis, transexuais e demais pessoas trans, quando sua identidade de gênero for um fator determinante para essas violências ou violações, seja por ação direta ou por omissão.

Importante citar que, além de serem vítimas da própria sociedade, as mulheres transgêneros são, muitas vezes, vítimas da violência policial e institucional, enraizadas em preceitos discriminatórios, ocorrendo, neste caso, a vitimização secundária, pelos agentes estatais que deveriam protegê-las.

Verifica-se ainda que os suspeitos de crimes contra as pessoas trans, em sua minoria são identificados, restando a maioria dos casos de violência sem solução acerca do autor do delito. Contudo, quando identificados, são, em sua maioria, homens cisgêneros.

É ainda mais preocupante a constatação de que, desde 2017, os crimes contra transexuais vêm aumentando em todo o mundo, inclusive no Brasil. Em contrapartida, o mesmo estudo traz a informação que o Brasil é o 2º país mais avançado em conquistas de direitos da população LGBTQIA+.

Diversos fatores contribuem para o alto índice de violência contra a população transgênero e, em especial à mulher transexual, entre eles, podem ser destacados, além dos supracitados, a estrutura patriarcal e cisgênero do nosso Estado, a ausência de políticas públicas específicas, a dificuldade de acesso à saúde e delegacias especializadas, com tratamento humanitário, legislações ardis acerca de ideologia de gênero e ausência de casas ou abrigo para pessoas trans expulsas de casa pelos familiares.

Conclui-se, portanto que, em que pese haver um aumento da proteção legislativa e jurisprudencial, a consciência da sociedade, com respeito às minorias, prevenção, educação em direitos e políticas públicas para esse grupo, ainda não são pautas prioritárias em nosso País.

2.3 EVOLUÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER TRANSGÊNERO

Com o advento do neoconstitucionalismo, a força normativa da Constituição e dos princípios ampliaram significativamente. Diante disso, os direitos fundamentais constitucionais passaram a ser aplicados a todo ordenamento jurídico, logo, as leis passaram a ser interpretadas sob um viés constitucional.

A proteção à mulher transgênero não veio expressa em nenhuma legislação do ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, com o passar dos anos e a necessidade de proteção à esse grupo vulnerável, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a realizar interpretações conforme a Constituição, exercendo seu papel de guardião da Constituição Federal.

Questões como a proteção das pessoas transgêneros, já se encontram implicitamente previstas na Constituição Federal, diante de seus preceitos fundamentais. Logo, são naturalmente potenciais pretensões jurídicas e demandas de grande repercussão.

Ao serem levadas ao Judiciário, constituem o fenômeno da Judicialização, onde há uma transferência de poder de decisão de questões relevantes para o Judiciário, mas não por escolha, mas em respeito à inafastabilidade da Jurisdição.

Diante disso, diversas conquistas às mulheres transgêneros foram decorrentes das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Inicialmente, pode-se citar a decisão que abrange não apenas às mulheres transgêneros, mas toda a comunidade LGBTQIA+, onde o Pleno do STF, na Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e na Arguição de Descumprimento de preceito fundamental - ADPF 132, há mais de dez anos, deu interpretação conforme ao art. 1723, do Código Civil, para autorizar a união estável às pessoas do mesmo sexo, em respeito aos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No voto do Relator Ministro Ayres Britto, afirmou-se que a união homoafetiva não pode ser considerada mera sociedade de fato e que se trata de silêncio intencional da CF/88, a qual não vedou a união homoafetiva. Já o Ministro Fux, destacou em seu voto que, se o legislador não o fez, cabe ao Tribunal suprir essa lacuna, afinal, trata-se de direito fundamental.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.183.378/RS, entendeu não haver óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Para

regulamentar as referidas decisões, foi editada a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, permitindo a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo e o casamento civil dos mesmos.

No mesmo sentido, há diversas decisões do STJ desde 2017 reconhecendo a possibilidade de adoção por casais homoafetivos ou até mesmo a adoção unilateral, o que deve abranger, em um viés expansivo e de igualdade material, qualquer pessoa integrante do grupo LGBTIQA+.

O uso de banheiro público conforme a identidade de gênero ainda está pendente de julgamento no STF, mas há parecer favorável do Procurador Geral da República, bem como voto favorável do Relator (Recurso Especial n. 845.779).

Em especial proteção aos direitos das pessoas transgêneros, o STF, conferindo interpretação conforme ao [art. 58 da Lei n. 6.015](#), no julgamento a ADI 4275, permitiu a retificação de prenome e gênero da pessoa transgênero diretamente no Cartório de Registros Cíveis, independente da realização de cirurgia de transgenitalização ou a utilização de hormônios.

Referida decisão é uma importante conquista para as pessoas transgêneros. O STF possuía entendimento que seria possível a retificação, mas somente através da via judicial e diversos Juízos exigiam o tratamento hormonal ou a realização de cirurgia.

O entendimento atual do STF segue a linha da Opinião Consultiva nº 24, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual orientou os Estados a disponibilizarem meios administrativos ou judiciais para que houvesse a alteração de prenome e gênero, desde que sem exigência de necessidade de cirurgia de redesignação de sexo ou hormônios, mas apenas com base no critério da autodeclaração.

Trata-se de entendimento que visa efetivar direito fundamental de acesso à identidade civil dessas pessoas, que, na maioria das vezes não possuem documentos com sua identidade autopercebida, o que influencia, inclusive, no seu direito ao emprego, diante da marginalização, preconceito e dificuldades encontradas.

Ademais, a necessidade de cirurgia possuía viés arcaico de tratar a transexualidade como patologia, o que deve ser repellido.

Diante deste entendimento do STF, foi editado o Provimento 73/2018, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de regulamentar a alteração diretamente no Cartório.

Nas ADIS´s 5.537 e 5.580, o STF decidiu acerca da questão da "Escola sem Partido". Referidas ADI's impugnavam leis estaduais que proibiam debates de questões acerca de ideologia de gênero em salas de aula.

O Relator, Ministro Barroso, em seu voto, destacou o direito humano fundamental a uma educação emancipatória, devendo ser ampliado debates culturais em sala de aula, através de uma “educação plural”, sendo relevante o aluno, que está em fase de evolução e crescimento, ter acesso a diferentes visões de mundo. O Relator tratou do mito da “neutralidade” e afirmou que uma Escola sem partido, em verdade, é de um partido só.

Em 2020, o STF voltou a tratar do tema, na ADPF 460 e nessa oportunidade, afirmou, categoricamente que, abordar gênero e sexualidade nas escolas é dever do Estado, em respeito às liberdades individuais, à tolerância e a convivência com a diversidade.

Outra importante conquista para as pessoas transgênero, foi a decisão do STF, na ADPF 527, em que o relator, Ministro Barroso, autorizou que a mulher trans que esteja cumprindo pena privativa de liberdade tenha direito de escolha acerca da unidade de cumprimento de pena, de acordo com o gênero que se identifica.

Este entendimento foi referendado em sede de Cautelar, a qual abrangeu inicialmente a mulher transexual e após a travesti, estando pendente de julgamento pelo Pleno. Foi estabelecido que a escolha será feita com base no critério de autodeclaração, com posterior decisão motivada do Juízo. Na hipótese de escolha por presídio masculino, a mulher trans deverá cumprir pena em área reservada que preserve sua segurança.

A escolha por presídio masculino pode ocorrer, inclusive, para preservação de laços afetivos criados, relacionamento amoroso ou ainda, como forma de sobrevivência, através da prostituição, sendo infelizmente esse quadro ainda comum para essa população.

Neste mesmo sentido, o Princípio 9, item c, dos Princípios de Yogyakarta[11], traz que “[...] é dever dos Estados assegurar, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero”.

Os mesmos Princípios trazem ainda expressamente o dever dos Estados em oferecer terapia hormonal, não realizar corte forçado de cabelo e possibilitar a visita conjugal. São direitos dos presos, os quais gozam da proteção a seus direitos básicos assim como todo cidadão.

Ressalte-se que a decisão inicial, possibilitava apenas à mulher transexual o direito de escolha, porém, após análise de demais documentos apresentados, o Relator determinou a abrangência também das travestis com identidade de gênero feminino.

Em respeito à referida decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 348/2020, alterada posteriormente pela Resolução 366/2021, prevendo expressamente a possibilidade da mulher transexual e travesti a possibilidade de manifestação de preferência quanto à unidade para cumprimento de pena.

Cabe destacar que, tal requerimento pode ser feito pela pessoa trans em qualquer fase do processo e, em caso de negativa pelo Juízo, é cabível Habeas Corpus para a tutela dos seus direitos.

Recente decisão paradigmática no que diz respeito aos direitos das mulheres trans, foi proferida no REsp 1.977.124, pelo STJ, onde se reconheceu a aplicação da Lei 13140/06 – Lei Maria da Pena, às mulheres trans.

Assim como conforme explicitado durante todo este trabalho de pesquisa, o STJ reconheceu que a Lei 13140 busca proteger a mulher em razão do gênero e não do sexo.

O art. 5º, da Lei 11340 visa a tutela de uma categoria de seres humanos vulneráveis, aqueles do gênero feminino e não à um determinado sexo biológico, não podendo se restringir desta forma.

Logo, diante da relação de domínio e subordinação culturalmente arcaica em nossa sociedade, que justifica o surgimento da Lei 11340, o mesmo entendimento deve ser feito em relação às mulheres trans, em um viés de Igualdade Substancial.

Nesta oportunidade, segue abaixo a ementa do referido julgado, com grifos nossos:

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. **VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER** E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação da Lei Maria da Pena não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 2. **É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Pena,** cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência

doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Pena. 3. **A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.** 4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Pena à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher. 5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. **Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado.** Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, no meu entender, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. **Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher** é. 6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal. 7. **As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões – segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima – são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino.** Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas. 8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer

a violação do art. 5º da Lei n. 11.343/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.

Por fim, pode-se concluir citando o julgamento pelo STF que, em 2019, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733, concluiu pela criminalização da homofobia como delito da Lei 7716 – Lei do Racismo.

Diante da contínua omissão legislativa em tipificar o delito de homofobia e o crescente número de delitos envolvendo a população LGBTIQA+, o STF decidiu enquadrar a transfobia e a homofobia como crimes de racismo.

Para o STF, o racismo, visto em sua dimensão substancial:

[...] projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.[12]

Em que pese haja discussão acerca da referida decisão, onde determinada parte da doutrina entende que houve criação de um tipo penal, em verdadeira analogia *in malam partem*, vedada em nosso ordenamento, compactuo com segunda parcela da doutrina, que identifica ter ocorrido uma interpretação literal evolutiva do termo raça e racismo, devendo abarcar assim, não apenas um grupo vulnerável e dominado pela cor, mas também pela orientação sexual.

Diante do exposto, depreende-se o amplo aspecto de conquistas à população LBGQTIA+, e, em especial às mulheres transgênero. Contudo, em que pese a evolução normativa, a prevenção à violação aos seus direitos, à educação e políticas sociais para proteção dessa população ainda precisam crescer exponencialmente em nossa sociedade.

3 CONCLUSÃO

Os índices de violência contra a população transgênero e em especial à mulher transexual, demonstram a transfobia enraizada em nossa sociedade, culturalmente misógina e patriarcal, a ausência de políticas de prevenção pelo poder público e a falta de debates e olhar humanitário para esse grupo vulnerável.

Da análise do presente trabalho, depreende-se que o Judiciário atualmente possui função de destaque na preservação dos direitos da população trans, interpretando a Constituição Federal de 88 e as legislações sob viés protetivo e visando a Igualdade substancial daqueles.

Em contrapartida, o poder Executivo, mantém-se inerte na elaboração de políticas públicas, registros de dados acerca da violência, inserção do assunto em pautas de debates para trazer visibilidade, educação da população cisgênero, educação em direitos da própria população transgênero, oportunidades de emprego ou cursos de profissionalização, acesso à saúde e moradia.

O Legislativo, por sua vez, é ainda mais omissivo. Ao elaborar leis que envolvem debates de gênero, traz legislações discriminatórias que precisam ser invalidadas pelo Judiciário. Além disso, não cumprem com seu dever de criminalização de condutas homofóbicas, obrigando o Judiciário, mais uma vez, decidir questões afetas ao Legislativo, diante de sua reiterada inércia.

O Estado brasileiro, mesmo com a ratificação e promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de diversos tratados que protegem direitos de grupos vulneráveis como a população LGBTIQIA+, ainda permanece silente quanto à proteção dessas pessoas e a concretização de seus direitos fundamentais.

A principal materialização dessa omissão é o aumento de índices de violência, especialmente assassinatos, contra a população transgênero, colocando o Brasil em 1º lugar no ranking de países que mais assassinam pessoas trans, em sua maioria, mulheres transgênero, o que abrange a transexual e a travesti.

Portanto, em que pese as conquistas advindas das decisões judiciais aqui debatidas, se faz urgentemente necessário que todas as esferas do Poder Público adotem medidas eficazes, conforme aquelas mencionadas neste trabalho, para trazer mais visibilidade, proteção e efetivação dos direitos a esse grupo hipervulnerável.

REFERÊNCIAS

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL, STF. ADI 4277 e ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05.05.2011, Plenário. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62863>>. Acesso em: 24 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Provimento nº 73**, Brasília, 2018. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623#:~:text=das%20Pessoas%20Naturais.-,Art.,adequ%C3%A1%20Dios%20%C3%A0%20identidade%20autopercebida>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 175**, Brasília, 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 348**, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 366**, Brasília, 2021. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original19295820210125600f1c369fdc6.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2022

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> . Acesso em: 18 maio 2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer consultivo OC nº 24/2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2022.

Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2022.

Lei 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Pós-positivismo e neoconstitucionalismo; e Teoria dos direitos fundamentais**. In Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. In. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte, CEI, 2017.

Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **O Brasil e os Direitos Humanos**. In Curso de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

Revista Jurídica, CONJUR. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>> . Acesso em: 14 maio 2022.

STF. ADC 41. Relator Ministro Roberto Barroso . Data de Julgamento: 08 junho 2017, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>> . Acesso em: 20 maio 2022.

STF. ADI 4275. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 01.03.2018, Plenário. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297749>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADI 5.537 e 5.580. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 25.08.2020, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADPF 460. Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 20.06.2020, Plenário. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919848120/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-460-pr-4000157-2020171000000/inteiro-teor-919848128>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADO 26. Relator Ministro Celso de Melo. Data de Julgamento: 13.06.2019, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> . Acesso em 24 de maio de 2022.

STF. ADPF 527. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 18.03.2021, Medida Cautelar. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345975525&ext=.pdf>> Acesso em: 24 maio 2022.

STF. MI 4733. Relator Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957475>> . Acesso em: 25 maio 2022.

STF. Resp 845.779. Relator Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 13.11.2014, Plenário. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=797114>> Acesso em: 25 maio 2022.

STJ. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma.** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contramulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>> Acesso em: 24 maio 2022.

STJ. Resp 1.183.378/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 25.10.2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false>> . Acesso em: 25 maio 2022.

NOTAS:

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito pela Universidade de STEINBEIS – Alemanha. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho – RJ; em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa-Portugal e em Direito de Família, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Escola Superior da Magistratura do Estado do Espírito Santo – ESMAGES.

[2]Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> . Acesso em 14 maio 2022.

[3] Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> . Acesso em 14 maio 2022.

[4] BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

[5] Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> . Acesso em: 14 maio 2022.

[6] Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer consultivo OC nº 24/2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo.** Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2022.

[7] **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

[8] **STF. ADC 41.** Relator Ministro Roberto Barroso . Data de Julgamento: 08 junho 2017, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 20 maio 2022.

[9] **Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021.** Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 maio 2022.

[10] **Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021.** Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 maio 2022.

[11] Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível

em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> . Acesso em 14 maio 2022.

[12] **STF. ADO 26.** Relator Ministro Celso de Melo. Data de Julgamento: 13.06.2019, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 24 maio 2022.

A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E A GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

MARTA SCHWANCK FERNANDES: Pós graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada²⁶.

Resumo: Este trabalho visa avaliar a legalidade da coleta de material biológico para fins de investigação criminal frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação e da presunção de inocência. Primeiramente, analisou-se o conceito de coleta de material genético, a evolução histórica dos métodos de identificação criminal, bem como fez-se uma análise breve do tema à luz do direito comparado. Após, foi realizada uma abordagem acerca das leis que já trataram sobre o tema no Brasil, dando ênfase à Lei nº. 12.654/2012 que inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a identificação criminal pelo DNA. No último capítulo do trabalho debateu-se a constitucionalidade do método, ponderando o tema com os princípios e garantias fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência. O trabalho foi desenvolvido com base em diferentes métodos de estudo. A pesquisa utilizou-se do método dedutivo, tem caráter qualitativo e usou como técnicas a pesquisa documental e bibliográfica. O presente trabalho se mostra atual, uma vez que constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Coleta de material biológico. Identificação criminal. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A palavra identificação significa reconhecer, individualizar uma pessoa ou coisa. Ato essencial no processo penal, a identificação correta do indivíduo que praticou determinado crime traz consigo a segurança jurídica que a sociedade como um todo espera, pois acarreta a justa aplicação do direito penal.

A identificação criminal pelo DNA é uma técnica já utilizada em diversos países do mundo. Considera-se que a medida é praticamente infalível, bem como seu uso facilita a intercomunicação das informações entre os órgãos que buscam a solução de crimes. Os

²⁶ E-mail: mfschwanck@gmail.com

Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Dinamarca, Noruega, Alemanha, Itália são exemplos de países que utilizam a identificação criminal com base no perfil genético.

Apesar de ser um tema passível de debate, o método é considerado eficaz pelos países que o utilizam. A Lei nº. 12.654/2012 trouxe ao Brasil a identificação criminal com base na coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, ocasionando inúmeras modificações ao processo penal brasileiro, tendo em vista que alterou dispositivos de duas leis distintas, a Lei nº. 12.037/2009 que prevê a identificação criminal dos civilmente identificados, e a Lei nº. 7.210/1984 que instituiu a Execução Penal no Brasil.

Algumas das modificações ocasionadas pela promulgação da Lei nº. 12.654/2012 foi a obrigatoriedade do sujeito (investigado e apenado, a depender do caso) fornecer seu material biológico para fins de identificação. Em havendo recusa de sua parte, a Lei permite a extração compulsória.

O presente trabalho tem por fim, portanto, analisar esta situação em que há a recusa do imputado em fornecer seu material biológico, e a consequente coleta compulsória, bem como discutir a constitucionalidade da medida frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, da garantia à não autoincriminação e do princípio da presunção de inocência.

Não se tem por objetivo exaurir o tema, que é polêmico e moderno. Deste modo, o objetivo deste trabalho é analisar a coleta de material biológico compulsória frente aos princípios e garantias constitucionais, buscando alternativas que permitam a aplicação da medida sem desrespeitá-los.

Assim, esse trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo foi realizado um breve estudo sobre o conceito da coleta de material biológico, apontando as hipóteses em que a coleta poderá ocorrer com base nos dispositivos legais que disciplinam a matéria. Ainda, no capítulo inicial foi feita a evolução histórica dos métodos de identificação, passando pelas diversas modalidades já existentes e as suas finalidades distintas ao longo dos anos. Após, analisou-se o panorama mundial da coleta de material biológico para fins de identificação por meio do perfil genético, apontando de maneira breve os países que utilizam este método de identificação criminal.

No segundo capítulo fez-se um apanhado das diversas leis que já disciplinaram a identificação criminal no Brasil, passando primeiramente pelo Código de Processo Penal, depois pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei que regulava o Crime Organizado, depois pelas Leis 9.034/1995, 10.054/2000, 12.037/2009 e, por fim, pela Lei 12.654/2012 que instituiu a identificação criminal pelo DNA no Brasil.

No terceiro capítulo foi realizada uma abordagem sobre direitos e garantias fundamentais, bem como analisou-se a constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da garantia à não autoincriminação, bem como do princípio da presunção de inocência, com o fim de verificar se o método estudado respeita ou não as garantias e princípios constitucionalmente assegurados.

O trabalho foi desenvolvido com base em diversos métodos de estudo distintos. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, tem caráter qualitativo e usou como técnicas a pesquisa documental e bibliográfica.

O presente trabalho se mostra atual, uma vez que constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, principalmente quando há recusa do sujeito em fornecer o material a fim de possibilitar sua identificação criminal.

1. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO

1.1 CONCEITO

A coleta de material genético consiste na intervenção corporal no acusado para obtenção de provas, as quais podem ser classificadas em invasivas e não invasivas.

São consideradas invasivas as intervenções corporais que necessariamente implicam penetração no corpo do indivíduo que a ela se submete, através de utensílios ou substâncias, em cavidades naturais ou não, como por exemplo os exames realizados com o sangue, com a saliva, com a urina, a endoscopia, os exames ginecológicos etc.[1]

Já as provas que não violam a intimidade e a integridade física do sujeito são consideradas não invasivas, pois são realizadas com material descartado pelo indivíduo. A pessoa não está sendo obrigada a produzir provas contra si mesma, já que em nada contribui para o exame, ou seja, a perícia é feita sem sua colaboração.[2]

Compreendem exames periciais como: exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo e pelos, identificações datiloscópicas de impressões dos pés, das mãos, das unhas, exames de matérias fecais encontradas no local do crime etc.[3]

Somente com a edição da Lei nº. 12.654/2012 é que a coleta de DNA para fins de identificação criminal foi inserida no nosso sistema normativo, sendo alvo de posições contraditórias, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Ainda, a Lei nº. 12.654/2012 prevê que no momento da extração deve-se utilizar de técnica adequada e indolor, que garanta o mínimo de exposição possível do indivíduo, visto que a simples submissão à

coleta através de meio invasivo envolve direitos e garantias constitucionalmente assegurados, como a garantia à não autoincriminação e os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.[4]

A identificação papiloscópica, utilizada juntamente com os meios ordinários de identificação civil (carteira de identidade, carteira de trabalho, passaporte e demais documentos públicos que permitam a identificação, conforme prevê o artigo 2º da Lei nº. 12.037/2009), passou a ser considerada um meio duvidoso, podendo ser modificada ou apagada por meio de cirurgia ou ação do tempo. Deste modo, surgiu a possibilidade de as autoridades utilizarem-se da genética forense, "área que trata da utilização dos conhecimentos e das técnicas de genética e de biologia molecular no auxílio à justiça"[5].[6]

Assim, a utilização do DNA como meio de identificação criminal vem sendo considerada muito superior às demais técnicas preexistentes de medicina forense. Além da possibilidade de o DNA ser localizado em todos os fluidos e tecidos biológicos, estudos dos polimorfismos de DNA (regiões do genoma nas quais existem variações entre pessoas saudáveis) possibilitam a construção de uma identidade genética única de cada ser humano.[7]

Ainda bastante controversa, a medida de coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético poderá ser realizada em duas situações distintas, considerando que alterou dispositivos da Lei nº. 12.037/2009 e da Lei nº. 7.210/1984. Portanto, preenchidos os requisitos das leis citadas, a extração poderá ocorrer tanto na fase investigatória, quanto após a condenação definitiva, conforme será visto adiante.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde os primórdios busca-se estabelecer um meio capaz de diferenciar os sujeitos entre si, individualizando-os, a fim de se determinar uma identidade pessoal. Historicamente, foram criados diversos métodos na tentativa de promover a identificação dos indivíduos. Havia a necessidade de se individualizar por motivos variados, como a determinação de propriedades sobre animais, escravos, objetos pessoais etc. O nome, o ferrete, a mutilação, arcada dentária e a fotografia eram alguns dos métodos utilizados para este fim. Contudo, frente às necessidades da vida moderna, foram criadas técnicas que trouxeram uma identificação mais rápida, segura e eficaz.[8]

Foi quando o francês Alphonse Bertillon, visando eliminar técnicas desumanas de identificação, criou em 1879, uma técnica denominada antropometria, que se baseava na estrutura e nas medidas do corpo humano para estabelecer uma identidade. Esse conjunto de medidas era somado, dividido, multiplicado, numa equação cujo resultado era um número. E esse seria o número do indivíduo, por meio do qual ele seria reconhecível mesmo que deixasse a barba crescer, ou tingisse o cabelo. Suas medidas não mudariam,

portanto, seu número de identificação também não.[9] Sua tese também utilizava as impressões digitais como um “plus” no momento da identificação.

O método antropométrico trouxe uma grande contribuição e avanço às formas de identificação criminal, visto que a fotografia do suspeito passou a ser agregada ao inquérito policial, além de ser o primeiro método de identificação criminal que buscou realizar análises, comparando as variáveis questionadas, que possibilitaram a aplicação de métodos científicos no âmbito da identificação criminal.[10] O sistema de Bertillon foi adotado oficialmente pela Polícia de Paris em 1882 e, posteriormente, por toda a França, Europa e o resto do mundo (no Brasil em 1894).[11]

Em 1896, a Argentina passou a utilizar o sistema papiloscópico, trocando o método antropométrico de Bertillon. O método mencionado se baseia no resultado que as papilas dérmicas produzem na epiderme, denominado cristas papilares. Alguns princípios circundam o sistema papiloscópico, como a variabilidade, que consiste na propriedade dos desenhos papilares serem diferentes de pessoa para pessoa; a imutabilidade; a perenidade etc.[12]

Harold Cummins, algum tempo depois, veio a ser conhecido como o “pai da dermatoglifia”, termo utilizado para descrever o estudo das cristas papilares encontradas nos dedos das mãos e pés. A partir desse momento foi criada a datiloscopia. O argentino Francisco Latzina foi quem concebeu o termo em análise, com a publicação do artigo “Reminiscências platenses”, em 08 de janeiro de 1894. Para o antropólogo Juan Vucetich, trata-se da “ciência que se propõe à identificação da pessoa fisicamente, considerada por meio das impressões físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares nas polpas dos dedos das mãos”. [13]

As impressões digitais são utilizadas como meio de identificação desde nossos antepassados. Segundo Marcos Elias Cláudio de Araújo,

A primeira vez na história que se tem notícia do uso de impressões digitais para identificar positivamente uma pessoa foi no século II a.C., onde governantes chineses usavam-nas para lacrar documentos importantes.[14]

Contudo, apenas em 1664 é que as impressões digitais passaram a ser estudadas de forma científica, por obra do médico italiano Marcello Malpighi, que também foi responsável pela identificação das papilas gustativas. Sua pesquisa tinha o objetivo de classificar e descrever as impressões digitais, o que facilitaria a identificação dos indivíduos para fins investigatórios.[15]

Houve muitos outros pesquisadores que se dedicaram à pesquisa relacionada às papilas dérmicas, como Prochaska, Johannes Evangelist Purkinje, Vucetich e Willian Herschel, porém foi aproximadamente em 1870 que o primeiro crime foi desvendado utilizando-se das impressões digitais deixadas no local, com auxílio do médico escocês Henry Faulds.[16]

Todavia, com a evolução global, os processos de identificação também se desenvolveram, coexistindo com o processo dactiloscópico anteriormente abordado, considerando que o DNA "fingerprint" revolucionou a análise dos métodos de identificação já existentes. [17]

Em 1985, na Inglaterra, ocorreu o primeiro caso de identificação criminal através de amostras de DNA. No pequeno vilarejo de Enderby, duas meninas foram estupradas e mortas. Um suspeito foi preso e confessou a morte de apenas uma das vítimas. Foi quando Alec Jeffreys, geneticista que ali residia, colheu o sêmen encontrado nas vítimas, repassando às autoridades policiais com o fim de provar a culpa do suspeito em ambas as mortes, porém, para a surpresa de todos, o sujeito foi considerado inocente das acusações dos dois casos. Houve, então, a coleta de material biológico de toda a população masculina da vila, cruzando-se com as amostras colhidas das duas vítimas. Nenhuma combinação foi encontrada, até que Colin Pitchfork alegou ter persuadido um amigo seu a dar uma amostra em seu nome. Foi quando o caso foi resolvido.[18]

A tecnologia utilizada para desvendar o caso Pitchfork hoje tornou-se obsoleta, tendo em vista que as técnicas de identificação dos indivíduos através de seu material biológico foram aprimoradas e simplificadas. O surgimento da ciência forense trouxe à justiça uma importante ferramenta, pois o fornecimento de informações precisas tornou-se fundamental para uma investigação criminal mais eficaz. A prova de DNA trazida ao processo tende ao esclarecimento da autoria de um crime, propiciando mais certeza e efetividade na atividade investigatória, e, conseqüentemente, na atividade punitiva do Estado. [19]

Nos Estados Unidos, afirma-se que na década de noventa até 2004, foi possível realizar a identificação de dezenove mil suspeitos.[20] No Reino Unido, existe um banco de dados com 2,5 milhões de perfis genéticos de criminosos, sendo uma ferramenta poderosa na luta diária contra a violência.[21]

1.3 PANORAMA MUNDIAL

A coleta de material genético como método de identificação vem sendo, em todo o mundo, cada vez mais utilizada, sendo considerada um método seguro e certo, tanto para a identificação civil, quanto para a criminal.

Os bancos de perfis genéticos são os bancos de dados que visam o armazenamento de informações genéticas dos sujeitos, adquiridas de maneira voluntária ou compulsória, e também as coletadas nas cenas de crimes.

Segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves,

Legislações recentes foram criadas com a finalidade de estabelecer regras de funcionamento e princípios desses biobancos: na Inglaterra (1995), na Irlanda do Norte e Escócia (1996), nos Países Baixos e na Áustria (1997), na Alemanha e Eslovênia (1998), na Finlândia e Noruega (1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (2000), em França e na República Checa (2001), na Bélgica, Estônia, Lituânia e Eslováquia (2002), Hungria e Letônia (2003). Portugal promulgou a Lei do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN (2007). [22]

O sistema *CODIS* (Combined DNA Index System) utilizado nos Estados Unidos, adveio de um projeto do ano 1990 que servia apenas 14 laboratórios locais e estaduais. O Ato de Identificação de DNA fora formalizado em 1994 pelo FBI e estabeleceu o sistema NDIS (Sistema Nacional de DNA), sendo atualmente o maior exemplo de banco de dados de perfis genéticos no mundo. Sua função é armazenar os dados coletados nas cenas de crimes para uma futura combinação. Uma vez que esta é detectada, o laboratório envolvido troca a informação para verificar a autenticidade da combinação. As autoridades policiais podem utilizar-se da documentação trocada entre os laboratórios e o sistema *CODIS* para obtenção de uma ordem judicial para coleta compulsória de material biológico do suspeito. Uma nova análise é realizada, agora com a amostra colhida diretamente do sujeito, podendo ser utilizada na Corte, a depender do resultado obtido.[23]

O Sistema Nacional de DNA (NDIS) faz parte do *CODIS* e contém os perfis genéticos em nível nacional, estadual e local dos laboratórios forenses. Com base nos dados extraídos do site do FBI, o programa contém mais de 11.822,927 perfis de ofensores (condenados e detentos), 2.028,734 perfis de presos e 638,162 perfis forenses contados até junho de 2015. Ainda, os dados mostram que o *CODIS* auxiliou na combinação de 288,298 perfis genéticos em mais de 274,648 investigações, bem como mais de 25 países utilizam o software para seus próprios bancos de dados. [24]

O *CODIS* não permite acesso às informações particulares dos que ali estão cadastrados, visto que tal violação atinge diretamente o direito à privacidade dos indivíduos. Somente as agências de justiça criminal possuem acesso. Frisa-se, ainda, que as informações genéticas armazenadas no banco de dados só serão retiradas do mesmo

com a apresentação de uma cópia autenticada, transitada em julgado, da ordem judicial cuja condenação foi anulada, ou o Réu absolvido.[25]

No âmbito da União Europeia a identificação criminal também encontra respaldo legal nas Decisões-Quadro 2008/615/JAI, 2008/616/JAI e 2008/977/JAI e na Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995.[26] Esta diretiva diz respeito à proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados.

Em 1997, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação n°. 15, a qual passou a autorizar seus Estados a criarem bancos de dados nacionais, devendo, contudo, serem respeitados os dados pessoais e os direitos fundamentais dos indivíduos.[27] Para a referida Recomendação, constituem dados genéticos todos os tipos de dados que digam respeito a características hereditárias do indivíduo ou que sejam relacionadas àquelas características que constituem o patrimônio de um grupo de indivíduos.[28]

A falta de padronização dos diversos sistemas existentes acabava por dificultar o intercâmbio de informações entre os países europeus. Foi quando em outubro de 1998 o *European DNA Profiling Group* (EDNAP) foi criado por um grupo de cientistas europeus, tudo com o fim de padronizar o sistema e a troca de dados entre os laboratórios. [29]

Desde 2004 uma parceria vem sendo realizada entre o EDNAP e a equipe de DNA do *European Network of Forensic Science Institute* (ENFSI), proporcionando uma intensa troca de informações entre os dois programas.[30]

Outro tratado foi assinado por países membros da União Europeia em 27 de maio de 2005. O Tratado de Prum visa a coordenação e o intercâmbio de informações entre os países membros, relativamente aos dados sobre ADN, impressões digitais, registo de veículos e dados pessoais e não pessoais no âmbito da cooperação policial transfronteiriça. [31]

O Reino Unido deu início ao seu banco de dados em 1995, criando o *United Kingdom National DNA Database* (NDNAD), que concedeu às autoridades policiais a possibilidade de armazenar informações genéticas de criminosos condenados. Em 2004, a lei que instituiu o banco de dados foi alterada, permitindo também o armazenamento de dados biológicos de qualquer sujeito que havia sido indiciado e recolhido na delegacia de polícia. Segundo a *BBC News*, até maio de 2009, o banco de dados contava com aproximadamente 6 milhões de perfis, sendo adicionados por mês cerca de 30.000 dados. Ademais, o banco proporciona 3.500 combinações mensais. Também há o registo de que, entre abril de 1998 e setembro de 2009, houve aproximadamente 410.000 combinações relacionadas à crimes diversos, sendo que entre 2007 e 2008 foram desvendados 83 assassinatos e 184 estupros.[32]

O banco de dados da Escócia difere em alguns aspectos do existente no restante do Reino Unido, haja vista que os perfis genéticos dos indivíduos que são considerados inocentes devem ser destruídos, a não ser que o suspeito seja alvo de investigação por um crime violento ou de estupro. [33]

No ano de 2005, em Portugal, foi instituída através da Lei nº. 5/2008 a criação de uma base de dados de perfis de DNA para identificação civil e criminal, publicada no Diário da República no dia 12 de fevereiro de 2008. Posteriormente, em 25 de junho de 2013, foi aprovada a Lei nº. 40/2013, dispondo sobre a organização e funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de DNA, sendo a primeira alteração realizada à Lei nº. 5/2008.[34]

Resta claro, após a análise do direito comparado acerca da coleta de material biológico, que a identificação criminal através da coleta de DNA tornou-se uma realidade recente no Brasil, sendo inserida apenas com o advento da Lei nº. 12.654/2012, bem como que o nosso modelo e método se espelhou quase que em sua totalidade nos existentes nos Estados Unidos e no Reino Unido.

Diante disso pretende-se demonstrar, com a apresentação deste trabalho, se a identificação criminal através da coleta de material biológico respeita os direitos individuais garantidos pela nossa Constituição Federal e pode ser considerada uma prova eficaz ao processo penal.

2.A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

O Decreto nº. 09, promulgado em 31 de dezembro de 1891, trouxe ao sistema normativo brasileiro a primeira aparição da identificação criminal no Brasil, instituindo no estado de São Paulo a identificação criminal por meio da fotografia. Somente 03 anos mais tarde passou-se a utilizar o sistema antropométrico, já abordado anteriormente nesta pesquisa.

Anos mais tarde, em 29 de dezembro de 1902, foi promulgada a Lei nº. 947/1902, que veio a disciplinar acerca da identificação datiloscópica no país. Em 05 de fevereiro o Decreto nº. 4.764 regulamentou a lei mencionada, introduzindo a identificação de fato no Distrito Federal.

Com o passar dos anos, o método datiloscópico foi sendo inserido nos demais estados do país, sendo que apenas em 1938, após visita do mestre argentino Luiz Reyna Almandos, considerado a maior autoridade na área da datiloscopia (substituto de

Vucetich), foi introduzido pelo Decreto nº. 11.187 de 15 de outubro a identificação datiloscópica dos estrangeiros domiciliados no Brasil.

Posteriormente, em 03 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal foi instituído no Brasil pelo Decreto-Lei nº. 3.689, trazendo ao sistema normativo a obrigatoriedade da identificação criminal no país.

O artigo 6º, VIII do diploma define que a autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Assim, independente da identificação civil, o Código determina que a identificação criminal também deverá ocorrer. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal aprovou em 15 de dezembro de 1976 a Súmula nº. 568, prevendo que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

O entendimento sumulado vigeu até a promulgação da Constituição Federal em 1988, quando ficou estabelecido no artigo 5º, LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Tal redação superou totalmente a súmula mencionada e ainda trouxe a chance de legislações extravagantes articularem sobre a identificação criminal, tendo em vista que apontou a possibilidade de a matéria ser tratada em âmbito infraconstitucional.

Nesse íterim, a Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, previu em seu artigo 109 a primeira hipótese infraconstitucional de identificação criminal do civilmente identificado, dispondo que “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”. Verifica-se, portanto, que a identificação compulsória do adolescente é tida como medida excepcional, podendo ocorrer em caso de existência de dúvida, para fins de confrontação.

De acordo com Válder Kenji Ishida, as disposições contidas na Lei nº. 12.037/2009 a respeito da identificação criminal são aplicáveis ao adolescente, tendo em vista que o ato infracional acaba sendo considerado sinônimo de ilícito penal, tendo como única diferença a culpabilidade em razão da presunção absoluta de desenvolvimento mental incompleto.

Conclui o autor indicado:

A identificação criminal do adolescente infrator não se limitará à dúvida fundada a que alude o artigo 109 do ECA, mas também à todas as hipóteses da referida lei. Portanto, sob a análise desses dois

argumentos, verifica-se a aplicabilidade da referida lei aos procedimentos de apuração de ato infracional cometido por adolescente.

Poucos anos depois a Lei nº. 9.034/1995, conhecida como Lei do Crime Organizado, também disciplinou que os indivíduos envolvidos com ações praticadas por organizações criminosas seriam submetidos à identificação criminal, independentemente da identificação civil.

Após, com o fim de normatizar o tema, surgiu a Lei nº. 10.054/2000, a qual fora revogada pela Lei nº. 12.037/2009. Esta, por sua vez, sofreu alteração recente pela promulgação da Lei nº. 12.654/2012, implantando no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção dos dados genéticos como meio de identificação criminal.

2.1 LEI Nº. 12.654/2012

Em 28 de maio de 2012 foi promulgada a Lei nº. 12.654, que prevê a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético de determinados indivíduos. A lei editada veio a alterar dispositivos de duas leis, da Lei nº. 7.210/1984, Lei de Execução Penal, e da Lei nº. 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal dos civilmente identificados, já abordada anteriormente neste trabalho.

A norma adveio do Projeto de Lei nº. 93 de 2011 do Senado Federal, de autoria do Senador Ciro Nogueira, tendo como relator o Senador Demóstenes Torres. Em seu voto pela aprovação do Projeto, o Senador fez as seguintes ponderações:[35]

Quanto ao mérito, destaque-se que, de acordo com estudo de Sérgio D. J. Pena, intitulado Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA, do ponto de vista social, a determinação de identidade genética pelo DNA (ácido desoxirribonucleico) constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Em menos de 20 anos ela se tornou uma ferramenta indispensável em investigação criminal.[36]

As modificações trazidas pela Lei nº. 12.654/2012 alteraram substancialmente a situação jurídica do réu frente ao processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo.[37]

O sujeito terá que se submeter à intervenção corporal em duas situações distintas, sendo obrigado a fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético. Não o fazendo de maneira voluntária, o fará mediante coerção.

Apesar de a lei só mencionar em uma das hipóteses a obrigatoriedade da medida (Lei nº. 7.210/1984), entende-se que a negativa em fornecer o material biológico quando solicitado com fulcro na Lei nº. 12.037/2009 também autoriza a coercibilidade da coleta.[38]

A primeira hipótese a ser analisada será a coleta com base na Lei nº. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal dos civilmente identificados e incide sob a investigação preliminar.

Foi inserido o parágrafo único ao artigo 5º[39], dispondo que a coleta de material ocorrerá quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.[40]

A lei exige a coexistência de duas situações neste caso: essencialidade à investigação policial e deferimento da medida pelo juiz competente. A primeira delas, apesar de ser um requisito genérico, deve ser estritamente observada, considerando que a medida de intervenção corporal restringe a esfera de liberdade do sujeito, acabando por violar princípios e garantias constitucionalmente assegurados.[41]

O pedido da autoridade policial deverá ser fundamentado, a fim de demonstrar a imprescindibilidade da coleta.[42] Ainda, cumpre à autoridade judiciária evidenciar a impossibilidade de obtenção da prova da autoria por método não invasivo, sendo a coleta dos dados genéticos *ultima ratio*, a fim de evitar a banalização do procedimento.[43]

Contudo, existem críticas quanto à expressão “essencialidade às investigações”, haja vista ser uma expressão vaga e genérica, que acaba por não definir em quais crimes tal conduta poderia ocorrer.

Sobre o tema Aury Lopes Jr. ensina:

Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer a fórmula genérica e indeterminada de “essencial às investigações policiais”, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível (...). Basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade. A lei não diz (e nem precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer o

material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, “à força”. [44]

O outro requisito necessário é a autorização judicial. Tal condição é imprescindível, pois trata-se de uma medida que irá atentar contra direitos e garantias inerentes ao indivíduo.

É indispensável prévia representação emanada do Ministério Público ou da autoridade policial responsável pela investigação, podendo, ainda, se dar de ofício pelo órgão julgador.

Muitos repreendem o fato de o Juiz poder determinar a medida de ofício. Considerando que a coleta nesta fase se trata de uma medida investigatória, destinada a coletar provas, não caberia ao juiz tomar iniciativa alguma, visto que lhe cabe apenas a análise do caso e o julgamento. [45]

Existe uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de “necessidade para as investigações”. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. [46]

Ainda, a Lei nº. 12.654/2012 incluiu o artigo 5º-A na Lei nº. 12.037/2009, dispondo que os dados coletados e relacionados com a identificação criminal serão armazenados em um banco de dados de perfis genéticos, que será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. [47]

O banco de dados terá caráter sigiloso e não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais do sujeito, sob pena de violação do direito à intimidade e à confidencialidade dos dados genéticos. [48] Tem-se, desta forma, que a análise somente poderá ser efetuada sobre o DNA não codificante, aquele alcunhado de “DNA lixo”, o qual difere-se do DNA codificante por não possuir toda a informação genética do indivíduo. [49]

Quanto à impossibilidade de revelar “traços somáticos”, significa que a parte do DNA utilizada para obtenção das informações genéticas é considerada inutilizável para qualquer outro fim. Ela não traz informação alguma, além da necessária para a identificação humana. [50] Assim esclarece Maria Auxiliadora Minahim:

Os marcadores selecionados são os microssatélites (STRs, short tandem repeats), exatamente em razão de sua propriedade, isto é, de conterem formas (alelos) variáveis, que mudam de um para outro indivíduo. A análise dessas formas e de sua frequência entre as amostras permite a identificação genética.[51]

Ademais, se verificada uma coincidência no curso de uma investigação criminal, deverá um perito criminal oficialmente habilitado consignar o laudo pericial para torná-lo válido.[52]

Por fim, a última alteração ocasionada pela Lei nº. 12.654/2012 à Lei nº. 12.037/2009 relaciona-se com o prazo para a exclusão dos perfis genéticos colhidos. O artigo 7º-A prevê que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.[53]

Segundo Aury Lopes Jr., a redação deste artigo demonstra a existência de uma vinculação causal (princípio da especialidade), visto que aquela prova apenas poderá ser utilizada para aquele caso penal que está sendo investigado, devendo ser destruída após decorrido o prazo para prescrição do delito (diferentemente do que ocorre na extração de material do apenado, como veremos adiante).[54]

A Lei não define os crimes nos quais a extração poderá ocorrer. Basta que seja verificado o requisito de essencialidade à investigação. Ou seja, verificada a existência do requisito, a medida torna-se cabível.

Exige-se, portanto, por parte dos legitimados a requerer a coleta, estrita observância à necessidade e imprescindibilidade da medida, tudo com o fim de não se tornar uma prática corriqueira e banal.[55]

Outra inovação apresentada com a edição da Lei nº.12.654/2012 foi a coleta de material biológico do condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, acrescentando o artigo 9º-A e seus parágrafos[56] à Lei nº. 7.210/1984.

Neste caso a situação difere-se da abordada anteriormente. A extração dos dados biológicos tem por fim a solução de futuros crimes.

A intervenção corporal é obrigatória e não há necessidade de autorização judicial para a extração. Contudo, assim como na hipótese anterior (da Lei nº. 12.037/2009), é imprescindível a autorização judicial para o acesso posterior ao banco de dados.[57]

Aury Lopes Jr. critica a presunção de periculosidade trazida pelo legislador ao determinar a coleta obrigatória aos crimes hediondos e aos praticados de forma dolosa

com violência de natureza grave contra a pessoa. Neste sentido, o autor afirma que “trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador por (re) estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa”.” [58]

Apesar da lei não mencionar quando será a data de exclusão das informações inseridas nos bancos de dados, Aury Lopes Jr. considera razoável a utilização, por analogia, dos prazos do instituto da reabilitação (artigos 93 e seguintes do CP[59]). Portanto, decorridos dois anos do dia em que foi extinta a pena ou terminar sua execução, a exclusão das informações genéticas poderia ocorrer. [60]

Outra controvérsia que pode ser verificada, devido ao fato de o legislador não ter se manifestado expressamente, é no que diz respeito ao condenado provisoriamente. Ainda que haja omissão por parte do legislador, é fato que nas hipóteses previstas na Lei nº. 7.210/1984, a medida deve ser aplicada somente àqueles condenados definitivos, em que a sentença condenatória já tenha transitado em julgado. [61]

Neste sentido leciona Machado:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de “prova pré-constituída”, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.[62]

O material colhido em ambas as hipóteses será depositado no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), os quais foram constituídos pelo Decreto nº. 7.950/2013, com o fim de alimentar o cruzamento dos dados genéticos cadastrados com os adquiridos nos vestígios coletados diretamente das cenas dos crimes, permitindo a identificação do possível criminoso.[63]

O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem por fim armazenar os dados coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes. Já a Rede Integrada de Bancos de

Perfis Genéticos visa permitir o compartilhamento e o cruzamento de perfis constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.[64]

No Brasil, o banco de dados surgiu a partir da criação do Programa Nacional de Apoio e Investimentos em 2004, o qual teve papel relevante na dissipação da genética forense. A partir deste momento, grandes evoluções passaram a ocorrer, tais como investimentos e melhorias nos laboratórios, treinamento e capacitação de novos peritos, e ainda o desenvolvimento de métodos para utilização do DNA como prova no processo penal.[65]

O Programa mencionado foi criado com o fim de diminuir a taxa de violência existente e de aumentar a de elucidação dos casos criminais. O número de laboratórios criminalísticos cresceu de forma significativa e o sistema CODIS passou a ser utilizado no Brasil, sendo instalado em 15 laboratórios estaduais, 01 federal e nos bancos nacionais. Tal estrutura foi denominada de Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). [66]

O banco tem a finalidade de realização de pesquisas com os materiais genéticos dos infratores, comparando-os com os encontrados nas cenas de crimes. Obtendo a resposta positiva, tem-se uma suspeita que permite a realização de uma investigação preliminar com a finalidade de obtenção de mais dados acerca do possível agente.[67]

A partir desta breve exposição acerca das leis que já abordaram o tema 'identificação criminal' no Brasil, far-se-á uma análise da coleta de material biológico para fins de identificação criminal frente a alguns princípios resguardados pela nossa Constituição Federal, para que só então a constitucionalidade da medida possa ser verificada.

3.A CONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO

Nesse capítulo será realizado um estudo acerca dos direitos e garantias fundamentais, que são inerentes aos sujeitos de direito, bem como será abordada a coleta de material biológico para obtenção das informações genéticas frente a alguns dos mais consagrados princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia à não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência.

3.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No direito brasileiro, a distinção entre direitos e garantias fundamentais remete à Rui Barbosa, quando, ao realizar um confronto entre os institutos mencionados, apartou as disposições meramente declaratórias das assecuratórias. Classificou aquelas como sendo as que fornecem existência legal aos direitos reconhecidos; já estas, são as que

limitam o poder em defesa dos direitos. As declaratórias instituem os direitos, já as assecuratórias, as garantias.[68]

Ou seja, as garantias fundamentais teriam o condão de proteção dos direitos fundamentais. Seriam os meios existentes para ampará-los. Deste modo, ao direito à vida, a garantia correspondente seria a de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção, corresponde a garantia do *habeas corpus* etc.[69]

Seguindo este pensamento, Canotilho defende que as garantias também são consideradas como direitos propriamente ditos, não perdendo, contudo, sua característica precípua de protetora de direitos.[70]

Ao tratar sobre o tema, Jorge Miranda afirma que:

Os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. [71]

Ainda no processo de definição, Carlos Sánchez Viamonte aduz que: "garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política".[72]

É preciso muita cautela ao se falar das garantias fundamentais e dos remédios constitucionais. Tais expressões não são sinônimas. Segundo Luiz Alberto David Araujo Nunes Jr., "o que existe entre elas é uma relação de continência, pois as garantias abrangem não só os remédios constitucionais (*habeas corpus*, por exemplo) como as demais disposições assecuratórias da nossa lei fundamental".[73]

A doutrina não é unânime quando se trata de atribuir natureza jurídica aos institutos. Muitos alegam que a não autoincriminação é um direito, outros a intitulam como garantia. Deste modo, partindo dos apontamentos acima apresentados, conclui-se que a garantia à não autoincriminação assegura o direito à liberdade, o direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si mesmo, os quais serão oportunamente tratados no decorrer deste trabalho.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Definir o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo uma tarefa muito difícil, visto que, além de ser considerado um dos princípios mais abrangentes previstos na nossa Constituição, é também uma norma abstrata, e que, portanto, traz consigo diversas considerações, definições e enfoques.[74]

Contudo, ainda que existam dificuldades no processo da definição, parte-se do pressuposto de que a dignidade é inerente a todos os indivíduos, “considerando o homem como “ser em si mesmo” e não como um “instrumento para alguma coisa””. [75]

A nossa Constituição Federal não incluiu o princípio abordado no ramo dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, todavia, o fez expressamente no inciso III do art. 1º, ou seja, a dignidade da pessoa humana foi tida como fundamento constitucional.[76]

Atribui-se à Immanuel Kant grande parte da construção e definição do princípio, embora seu surgimento não tenha sido verificado a partir das definições do filósofo citado. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia do valor inerente do ser humano remonta às raízes do pensamento clássico e da Era Cristã. No Antigo e no Novo Testamento já eram encontradas referências que remetiam à concepção do homem como ser digno.[77]

Há de se observar, contudo, que o entendimento que se tinha à época foi lamentavelmente renegado por muitos anos, tanto pelas instituições cristãs como pelos seus integrantes, tendo como exemplo as atrocidades que eram cometidas pela Santa Inquisição.[78] Fábio Konder Comparato aduz que:

Essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.[79]

Considerada como uma característica inerente a toda pessoa humana, a dignidade é fundamental para um direito justo, uma vez que é pressuposto para o reconhecimento dos demais direitos previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Immanuel Kant, ensina:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros

seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.[80]

Deve-se levar em conta que a dignidade resulta também, além do ser tratado como um fim em si mesmo, na faculdade do indivíduo agir e tomar decisões com autonomia, utilizando de sua capacidade de guiar-se pelas suas próprias leis, as quais foram criadas pelos indivíduos, como parte de uma sociedade, como um todo. E ainda, na falta delas, agir conforme dita sua razão. [81]

Assim, basicamente, a dignidade do homem não tem o único fim de afastar a possibilidade de o ser humano ser utilizado como instrumento, mas, em decorrência deste fato, explicita a capacidade do sujeito de utilizar de sua razão e de agir conforme sua vontade ao tomar decisões.[82] Neste sentido, anota o constitucionalista português Jorge Miranda, quando afirma que “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.[83]

Corroborando com o tema, Alexandre de Moraes aponta que a dignidade se manifesta no poder de autodeterminação do indivíduo, que se torna responsável pela sua vida e por seus atos, decidindo de forma autônoma seus caminhos e sua conduta.[84] Nesse sentido é o entendimento do autor:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico devem assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.[85]

Quando o princípio é tratado frente à coleta de material biológico para fins de utilização como meio de prova, muitos alegam que, em havendo concordância do indivíduo, não haveria violação alguma a qualquer princípio assegurado na Constituição Federal. Assim ensina Aury Lopes Jr.: “Havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável”.[86]

Todavia, a problemática surge a partir do momento em que há a recusa do sujeito em ser submetido à alguma forma de intervenção corporal, havendo a necessidade de submissão da extração via compulsória.[87]

No julgamento do Habeas Corpus nº. 71373-4, o Ministro Francisco Rezek foi favorável à coleta compulsória de material genético em uma ação de investigação de paternidade, sustentando que a extração não traria sofrimento e dor ao indivíduo, bem como que ele não teria direito absoluto sobre seu corpo. A seguir o voto do ministro para melhor compreensão:[88]

[...] o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante [...]. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. [...] A visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, deve ceder espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética [...] O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público [...] o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.[89]

Todos sabemos que o respeito ao corpo e à individualidade devem existir. Entretanto, considerando que existem situações que não violam o princípio da dignidade humana, deve-se tomar cuidado com a confusão que geralmente se faz entre proteção do indivíduo e possibilidade de utilização de técnicas que não que não atentem contra sua dignidade. Um exemplo disso é a coleta de sangue ou de urina. Ambas são consideradas como modalidades de exames usuais, as quais, se realizadas com observância aos padrões de higiene, não acarretam risco à saúde do cidadão e nem lhe colocam em algum tipo de situação vexatória.[90]

Todavia, se verificadas as considerações acima expostas acerca do princípio da dignidade humana, de que o mesmo surge a partir da autonomia da vontade do indivíduo, da liberalidade em fazer suas escolhas e de guiar-se conforme sua razão, o Estado não deveria observar e respeitar a opção do sujeito em fornecer ou não amostras de seu DNA para fins investigatórios?

Neste rumo, a fim de se chegar a uma conclusão, a coleta de material biológico deve ser observada ainda frente a outras garantias e princípios assegurados ao indivíduo, para só então podermos concluir acerca de sua (in) constitucionalidade.

3.3 A GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir^[91]) apresenta, para o processo penal, significativa dimensão, ao passo que resguarda ao acusado a garantia da não autoincriminação. O respeito à dignidade do acusado decorre da observância desta garantia, bem como dela se extrai a premissa de que as provas da culpabilidade do indivíduo necessitam ser colhidas sem a sua cooperação, ou seja, que o sujeito não deve fornecer ao órgão julgador nenhum tipo de auxílio, além das provas já obtidas.^[92]

O princípio abordado encontra-se intrinsecamente ligado a outros direitos igualmente consagrados, como o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.^[93]

No plano das normas, a garantia encontra-se consolidada no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, que garante o direito ao silêncio (que deverá ser interpretado extensivamente). Ainda, por se tratar de direito fundamental, foi disciplinado por diplomas que visam a proteção dos direitos humanos.^[94]

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) incluíram o direito aqui abordado no rol das garantias mínimas reconhecidas ao acusado, respectivamente em seus artigos 14º, n. 3, alínea "g" e 8º, §2º, alínea "g". Também o fizeram a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mesmo que não expressamente.^[95]

Como direito fundamental, tem por objetivo a proteção do indivíduo frente ao Estado, inclusive contra eventual violência física e moral, as quais são empregadas com o fim de compelir o sujeito a cooperar no processo investigatório. Ademais, "o *nemo tenetur se detegere* é garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado"^[96]. ^[97]

A polêmica existente com relação a estas provas é observada relativamente aos interesses em jogo. Na persecução penal, há grande ênfase ao interesse público. Em contrapartida, deve haver o respeito aos direitos e garantias fundamentais que são inerentes ao indivíduo.^[98]

Todavia, conforme ensina Maria Elizabeth Queijo, "a prevalência absoluta de um desses interesses, na persecução penal, não gera soluções adequadas".^[99] Se o interesse estatal se sobrepõe aos interesses do indivíduo, estabelece-se um direito ilimitado à prova

pelo Estado, ou seja, não há ilicitude da prova. Por outro lado, caso prevalecesse o interesse individual, a persecução penal não teria resultado prático algum.[100]

É necessário que se busque uma solução que consiga amoldar ambos os interesses, pois, na realidade, há também interesse público na criação de um processo penal que respeite as normas éticas e os direitos fundamentais.[101]

Com o descobrimento do DNA, na década de 80, e seu alto grau de probabilidade, sua utilização passou a se dar em larga escala, e o desenvolvimento do processo penal (e também civil) foi modificado amplamente.[102]

Porém, não existe no processo penal norma específica que regulamenta o dever de colaboração do acusado. O entendimento predominante é o de que, a abstenção de submeter-se à prova que demanda uma conduta positiva de sua parte não configura crime de desobediência, bem como não se presume sua culpabilidade. [103]

Corroborando com o esse entendimento, Aury Lopes Jr. afirma que “o imputado não pode ser compelido a (...) fornecer material para realização de exames periciais (...). Sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência”. [104]

Acrescenta Maria Elizabeth Queijo, que “na doutrina também se registra o entendimento de que o acusado não tem dever de fornecer elementos de prova contra si mesmo, em razão da incidência do *nemo tenetur se detegere*”. [105]

Assim, inexistem obstáculos quando o material genético é encontrado no próprio lugar dos fatos, como amostras de sangue, cabelos, pelos etc, bem como nas vestes dos indivíduos. Nessas situações, o recolhimento desses elementos poderá ocorrer normalmente. A utilização dos instrumentos processuais penais como a busca e/ou apreensão domiciliar e pessoal também poderá ser realizada.[106]

Nesse sentido, Gössel leciona que:

A obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas no art. 240 do CPP.[107]

Do mesmo modo ocorre quando existe o consentimento do indivíduo, após prévia advertência do direito de não produzir prova contra si mesmo. Os métodos de intervenção corporal poderão ser realizados normalmente.[108]

Contudo, quando o material biológico deve ser colhido diretamente do acusado (coleta invasiva), a Lei nº. 12.654/2012 alterou de forma significativa a situação jurídica do sujeito, tendo em vista que ele está obrigado a fornecer o material, sob pena de extração compulsória. Ou seja, a Lei mencionada acabou com o direito de não produzir este tipo de prova contra si mesmo.[109]

Conforme já dito anteriormente, não há no nosso ordenamento uma norma que regulamente como as intervenções corporais deverão ocorrer, em caso de negativa do sujeito em colaborar. Neste diapasão ensina Renato Brasileiro de Lima:

Como vigora no processo penal brasileiro o princípio da liberdade probatória (CPP, art. 155, parágrafo único), segundo o qual quaisquer meios probatórios são admissíveis, mesmo que não expressamente previstos em lei, não se deve concluir por uma absoluta inadmissibilidade da utilização das intervenções corporais. Todavia, sua utilização deve se mostrar compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Portanto, caso o agente não concorde com a realização de uma intervenção corporal, deve-se distinguir o tratamento dispensado às provas invasivas e às não invasivas à luz do direito de não produzir prova contra si mesmo.[110]

Os Tribunais vêm decidindo de maneira não unânime, haja vista a existência de diversas decisões que consideram a medida constitucional, deferindo a coleta por haver expressa previsão legal, bem como decisões que vão no sentido contrário, que defendem a inconstitucionalidade da medida garantindo o respeito ao princípio estudado, bem como a garantia à não autoincriminação.

A seguir decisão neste sentido, a favor da coleta e contra, respectivamente:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO - ARTIGO 9-A DA LEP - CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS - NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO - VALIDADE DO EXAME.

- A criação de banco de dados com material genético não viola o princípio da não autoincriminação, vez que decorre de condenação já transitada em julgado e previsão expressa no artigo 9-A da Lei de Execuções Penais.

V.V.

Agravo em execução - coleta de material genético - inconstitucionalidade da obrigatoriedade de submissão ao procedimento tal como imposto pelo art. 9-a, da lep - violação do princípio da não-autoincriminação - direito de recusa - dar provimento ao recurso.[111]

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ARMAZENAMENTO DO PERFIL GENÉTICO DO REEDUCANDO. CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AGRAVO IMPROVIDO. 1- Em que pese a constitucionalidade duvidosa do disposto no art. 9-A, da LEP, introduzido pela Lei 12.654/12, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, ainda que por técnica indolor dos condenados por crimes praticados com violência grave contra pessoa, ou por qualquer crime tido como hediondo ou equiparado, ofende princípios constitucionais (*nemo tenetur se detegere*), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, da qual o Brasil é signatário. 2- Agravo não provido. [112]

A fim de que se possa chegar a uma conclusão acerca da constitucionalidade da medida, necessária uma análise do tema à luz de um importante princípio que se relaciona com o *nemo tenetur se detegere*, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o princípio da presunção de inocência foi inserido no plano das normas (art. 5º, LVII), reafirmando a dignidade humana no texto constitucional. Esse princípio também foi abarcado pelo direito internacional, conforme previsto no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como dispositivos semelhantes podem ser localizados na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 6.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[113]

Rogério Lauria Tucci afirma que o significado deste princípio corresponde à não-consideração prévia de culpabilidade. Ou seja, o acusado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[114]

Sua relevância é tão significativa, que Amilton B. de Carvalho afirma que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’, neste momento histórico, da condição humana”. [115]

A essência do princípio pode ser resumida na expressão ‘dever de tratamento’ [116]. Assim ensina Aury Lopes Jr.:

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente (...), (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). (...). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de trata-lo como inocente). [117]

Antonio Magalhães Gomes Filho aduz que, no campo das provas, decorre do princípio da presunção da inocência o fato de que o ônus probatório necessariamente recairá sobre a acusação, devendo o acusador demonstrar a culpabilidade do acusado. Ademais, objetiva-se com a ferramenta do processo penal, a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais escusas que este ofereceu. [118]

Como decorrência do referido princípio, existe também a necessidade de haver prova da culpabilidade, pois caso contrário, a absolvição é medida adequada, conforme previsão expressa no Código de Processo Penal [119]. [120]

Uma das hipóteses de identificação criminal através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético introduzida pela Lei nº. 12.654/2012 é realizada na fase investigatória, por requisição da autoridade policial, do Ministério Público, ou de ofício pelo órgão julgador. Neste caso, em havendo compulsoriedade na medida, não estaríamos diante de uma violação ao princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade?

Nesta fase pré processual deve-se presumir, conforme dita o princípio aqui estudado, que o acusado é inocente, recaindo sobre a acusação o ônus de provar de quem é a culpa.

Assim, extrai-se do princípio da presunção de inocência a garantia à não autoincriminação já abordada, que é consubstanciada no *nemo tenetur se detegere*. [121]

3.3.2 REFLEXÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 12.654/2012

Diante de todas as considerações apresentadas, nota-se que a constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação pelo DNA é alvo de posições contraditórias, tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

O artigo 5º, II da Carta Magna prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Infere-se da leitura do dispositivo que, devido ao fato de haver legislação infraconstitucional que regula a identificação criminal, os indivíduos que se enquadrassem nos termos da lei deveriam se submeter à extração (voluntária ou compulsória), bastando a previsão legal para legalizar a coleta, o que impossibilitaria o sujeito de se eximir e alegar qualquer ofensa aos seus direitos e garantias constitucionalmente resguardados.

A extração requerida pelo advogado da parte, com o fim de excluir a autoria de determinado delito é medida que se reveste de constitucionalidade, bem como aquela realizada com concordância expressa do sujeito, pois conforme já mencionado anteriormente “havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável”.^[122]

Todavia, diante da hipótese de extração compulsória inaugurada pela Lei nº. 12.654/2012, acredita-se que a medida tem constitucionalidade duvidosa, visto que viola princípios, direitos e garantias resguardados pela Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência e a garantia à não autoincriminação, não podendo o indivíduo ser compelido a fornecer material que lhe seja desfavorável.

Conquanto o disposto esteja devidamente inserido em um texto de Lei, é cediço ser princípio (garantia) constitucional a não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), pelo que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo, isto é, não há como impor a alguém, independentemente de qual seja a autoridade que assim o faça, que forneça informação, declaração, dado, objeto ou prova qualquer que o incrimine ou possa vir a incriminá-lo, direta ou indiretamente, salvo quando o próprio consentir, voluntária e conscientemente.^[123]

Logo, partindo do pressuposto de que os sujeitos têm a capacidade de autodeterminação garantida pela dignidade da pessoa humana, é direito seu escolher se irá submeter-se ou não a exames que violem sua integridade corporal, mesmo se realizados com observância à técnica adequada e indolor, conforme previsão legal.

Quanto à hipótese de a medida ser realizada de forma compulsória no curso da investigação, como meio de prova (Lei nº. 12.037/2009), além de violar a garantia à não autoincriminação, pelos mesmos fundamentos exarados acima, a presunção de inocência também passa a ser infringida. A partir do momento que, no curso de um procedimento de investigação, se compele um indivíduo a produzir prova que pode lhe ser desfavorável, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que ele tinha até o momento da extração passa a não existir mais.

Pondera Renato Brasileiro de Lima que:

Parece-nos que a validade dessa identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco de se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, parece-nos que não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do nemo tenetur se detegere.[124]

Assim, desde que o indivíduo não seja compelido a se submeter à extração, o exame poderá ocorrer normalmente.

Porém sabe-se que os direitos fundamentais não são revestidos de caráter absoluto, devendo existir uma ponderação entre os mesmos, a fim de se chegar a uma conclusão mais justa.[125]

Neste diapasão leciona Suzana Toledo Barros:

As normas que dispõem sobre os direitos fundamentais têm caráter principiológico, atuando no campo das situações plausíveis, e, por isso, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador ordinário. A restrição pode dar-se de três formas distintas: (...) que a Constituição não limite direta ou indiretamente o direito fundamental. (...). Explica a autora que existe a possibilidade de uma intervenção legislativa com caráter restritivo, ainda que não exista a outorga ou limitação constitucional. Considera que os direitos fundamentais estabelecem posições jurídicas e, por isso, podem ser

objeto de ponderação em caso de aparente conflito com outros direitos fundamentais. Caberá ao órgão jurisdicional fazer a ponderação de bens e interesses para determinar a aplicação de um ou de outro direito e, por consequência, limitar o alcance do direito sacrificado.[126]

Não se busca aqui explorar esta dimensão do problema. Contudo, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição”. [127]

Neste contexto, nota-se que o conteúdo da dignidade da pessoa humana passa a ser visto como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e sua violação será sempre, e em qualquer caso, desproporcional.[128]

Em sendo assim, partindo do pressuposto de que o núcleo essencial da garantia à não autoincriminação é a liberdade, e que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana é a capacidade de autodeterminação do indivíduo, seus valores etc, tem-se que a prova é considerada inconstitucional a partir do momento em que a medida é imposta ao sujeito, sendo ele acusado ou apenado, momento em que ocorre a violação aos seus direitos e garantias reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, considerando que a Lei nº. 12.654/2012 trata-se de uma nova abordagem acerca da identificação criminal, inaugurando no nosso ordenamento jurídico a identificação por DNA, por ora a doutrina e a jurisprudência são insuficientes quanto ao tema, havendo, portanto, um caminho ainda a ser trilhado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do tema.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Deduz-se da leitura do dispositivo que, relativamente à identificação criminal, que encontra previsão na própria Constituição (artigo 5º, LVIII), bem como nas Leis nº. 12.037/2009 e Lei nº. 12.654/2012, a medida seria imposta ao indivíduo que se enquadrasse nos termos da lei, não podendo este se escusar de cooperar alegando ofensa aos princípios e garantias resguardados constitucionalmente.

A partir desse pressuposto, bastaria a previsão legal da coleta para autorizar sua extração, voluntária ou compulsória, bem como a demonstração dos requisitos da essencialidade à investigação e da condenação pelos crimes elencados no artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984.

Contudo, se realizada de forma compulsória, a coleta de material biológico para fins de identificação pelo DNA se depara com entraves frente à própria Constituição Federal, que prevê os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, bem como a garantia à não autoincriminação.

Em contrapartida, se enxergada como um direito subjetivo do indivíduo, a coleta de material biológico tornar-se-ia constitucional, atendendo aos interesses do sujeito. A partir do momento em que há a concordância do indivíduo em se submeter à técnica, seus direitos e garantias constitucionalmente assegurados são respeitados. Não seria um tratamento a ser imposto pelo Estado, e sim uma alternativa benéfica, muitas vezes, ao próprio sujeito, vez que a prova obtida com a extração é caracterizada por ser, no mais das vezes, decisiva no momento da análise probatória.

Destaca-se que a obrigatoriedade do método imposta pela Lei nº. 12.654/2012 deve ser considerada inconstitucional pela ofensa aos diversos princípios e garantias que são inerentes aos sujeitos de direito. Considera-se que a autonomia do indivíduo em não se submeter à medida de intervenção, a decidir conforme dita sua razão, bem como a garantia à não autoincriminar-se, preponderariam ante a coerção por parte do Estado.

Longe de exaurir o tema, diante das hipóteses previstas na Lei nº. 12.654/2012, o sujeito que ali se enquadra tem a opção de escolher se concorda ou não em se submeter à extração requerida pelos legitimados, pois só assim os seus direitos garantidos pela Constituição Federal e a sua dignidade seriam respeitados.

Objetivou-se, assim, com esta pesquisa, colaborar para o debate relativo à constitucionalidade da Lei nº. 12.654/2012, bem como para o desenvolvimento jurídico pertinente ao tema. Considerando que a medida é controversa e inovadora, a coleta de material biológico para fins de identificação por DNA deve ser estudada e analisada sob pontos de vista distintos, sendo de extrema importância a participação do Judiciário na condução de eventuais interpretações acerca de sua constitucionalidade, visando dirimir futuras controvérsias a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway**. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872>. Acesso em: 27 jul. 2015.

ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur**. 02 jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 1 set. 2015.

ARAÚJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. **Instituto de Identificação**. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

Associação dos papiloscopistas policiais do estado de Goiás – APPEGO. A Datiloscopia e a datilograma. Disponível em: <<http://www.appego.com.br/papiloscopistas-goias/35-a-datiloscopia-e-a-datilograma>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3 set. 2015.

_____. **Lei nº. 10.054, de 07 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

_____. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 3 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 12965 DF 2002/0068783-6**. Relator: Ministro Feliz Fischer, 5ª turma, julgado em: 07 out. 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219129/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-12965-df-2002-0068783-6>>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 568**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=568.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 3 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001**. Relator (a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=coleta%20material%20gen%E9tico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&dataJulgamentoFinal=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.091242-1/001**. Relator (a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgado em: 18 jul. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=5&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%E7%E3o%20criminal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-3&listaRelator=2-2849990&dataJulgamentoInicial=18/06/2014&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. **Lei nº. 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 1 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF,

28 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº. 9.034, de 03 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 3. maio 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CAOP da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_1_1.php>. Acesso em: 24 set. 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. Direito à intimidade genética e os bancos de perfis criminais (Lei 12.654/2012): Análise crítica à luz da bioética. **Publica direito.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5fd2524092de9576>>. Acesso em: 1 set. 2015.

CASCIANI, Dominic. Q&A: The National DNA database. BBC News. 07. maio 2009. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7532856.stm>. Acesso em: 2 set. 2015.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches, Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). **Jusbrasil.** 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

ENZO, Alexandre. et al. O uso de perfis genéticos para fins de prevenção criminal. **Direito Unifacs – Debate virtual.** 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2048>>. Acesso em: 1 set. 2015.

Federal Bureau of Investigation. CODIS. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>. Acesso em: 1 set. 2015.

FILHO, Adalberto Salvador Noronha. **Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal: da mutilação ao perfil genético.** Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

GRECO, Alessandro. Impressão digital: assinatura do crime. **Guia do estudante**. 01. maio 2005. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/impressao-digital-assinatura-crime-434121.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de Perfis Genéticos dos Criminosos: Tratamento Normativo na Lei Espanhola e na Lei Brasileira. **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Histórico sobre identificação no Brasil. Associação dos peritos papiloscópicos do Espírito Santo. Disponível em: <http://appes.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=190&Itemid=84>. Acesso em: 19 out. 2015.

KAWAMURA, Bárbara. **Desenvolvimento de um banco de dados genético brasileiro para marcadores STR do cromossomo X**. 2013. 56. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Farmácia). Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/119527/000742539.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LINO, Bruna Paula Calegari. **Estudo sobre a viabilidade de aplicação da Lei de identificação criminal, Lei nº. 12.037/2009, ao adolescente que tenha cometido ato infracional**. 2013. 63. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117170/Bruna%20Paula%20Calegari%20Lino.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 out. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antonio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil**. mar. 2015. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MARTINS, Filipe. Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil. **Jus Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? **Carta Forense**. 02 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei de identificação criminal. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6898>. Acesso em: 05 set. 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Madureira de., NEPOMUCENO, Eduardo. Lei 12.654 de 28 de maio de 2012: uma nova identificação criminal. **Letras jurídicas**. 19 set. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso em: 13 out. 2015.

Papiloscopia. História da identificação e seus personagens. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PORTUGAL, Lei nº. 40/2013. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12000/0346703472.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recommendation nº. R (87) 15. Disponível em:
<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf>. Acesso em: 2 set. 2015.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SABOIA, Brenda Schio. **Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio nemo tenetur se detegere**. 2014. 50. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:
<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008.

SCHNEIDER, Peter M. Scientific Activities. Ednap. 2013. Disponível em:
<<http://www.isfg.org/EDNAP/Activities>>. Acesso em: 2 set. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em:
<<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

WILLUWEIT, Sascha. History of EDNAP. Ednap. 2009. Disponível em:
<<http://www.isfg.org/EDNAP/History>>. Acesso em: 2 set. 2015.

NOTAS:

[1] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245.

[2] CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007. p. 101.

[3] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 106.

[4] Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

[5] CUNHA, Rogério Sanches, Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). **Jusbrasil**. 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

[6] CUNHA, loc. cit.

[7] AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway**. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872>. Acesso em: 27 jul. 2015.

[8] ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. Instituto de Identificação. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[9] GRECO, Alessandro. Impressão digital: assinatura do crime. **Guia do estudante**. 01 maio 2005. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/impressao-digital-assinatura-crime-434121.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[10] FILHO, Adalberto Salvador Noronha. **Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal: da mutilação ao perfil genético**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[11] Papiloscopia. História da identificação e seus personagens. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[12] ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. **Instituto de identificação**. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2015.

[13] ARAÚJO, loc. cit.

[14] ARAÚJO, loc. cit.

[15] Associação dos papiloscopistas policiais do estado de Goiás – APPEGO. A Datiloscopia e a datilograma. Disponível em: <<http://www.appego.com.br/papiloscopistas-goias/35-a-datiloscopia-e-a-datilograma>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

[16] ARAÚJO, op. cit

[17] ARAÚJO, loc. cit.

[18] University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em: <<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[19] University of Leicester, loc. cit.

[20] CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. Direito à intimidade genética e os bancos de perfis criminais (Lei 12.654/2012): Análise crítica à luz da bioética. **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5fd2524092de9576>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[21] University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em: <<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[22] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 145.

[23] Federal Bureau of Investigation. CODIS. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>. Acesso em: 02 set. 2015.

[24] Federal Bureau of Investigation, loc. cit.

[25] ENZO, Alexandre. et al. O uso de perfis genéticos para fins de prevenção criminal. **Direito Unifacs – Debate virtual**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2048>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[26] ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur**. 02 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[27] ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur.** 02 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

[28] Recommendation nº. R (87) 15. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015.

[29] WILLUWEIT, Sascha. History of EDNAP. **Ednap.** 2009. Disponível em: <<http://www.isfg.org/EDNAP/History>>. Acesso em: 02 set. 2015.

[30] SCHNEIDER, Peter M. Scientific Activities. **Ednap.** 2013. Disponível em: <<http://www.isfg.org/EDNAP/Activities>>. Acesso em: 02 set. 2015.

[31] ANSELMO, op. cit.

[32] CASCIANI, Dominic. Q&A: The National DNA database. **BBC News.** 07. maio 2009. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7532856.stm>. Acesso em: 02 set. 2015.

[33] CASCIANI, loc. cit.

[34] PORTUGAL, **Lei nº. 40/2013.** Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12000/0346703472.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

[35] AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway.** 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872>. Acesso em: 27 jul. 2015.

[36] AMARAL, loc. cit.

[37] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 644.

[38] *Ibid.*, p. 645.

[39] Art. 5º. A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

[40] BRASIL. **Lei nº. 12.037, de 01 de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 1 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

[41] LOPES JR., op. cit.

[42] LOPES JR., loc. cit.

[43] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 104.

[44] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 645-646.

[45] Ibid., p. 646.

[46] LOPES JR., loc. cit.

[47] BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

[48] MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA.** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em 09 de out. 2015.

[49] HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de Perfis Genéticos dos Criminosos: Tratamento Normativo na Lei Espanhola e na Lei Brasileira. **Publica direito.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

[50] MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? **Carta Forense.** 02 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em: 12 out. 2015.

[51] MINAHIM, loc. cit.

[52] BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**, op. cit.

[53] BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

[54] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 646.

[55] Ibid., p. 647.

[56] BRASIL, **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 out. 2015. Art. 9º-A: os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

[57] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 648.

[58] LOPES JR., loc. cit.

[59] Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e

privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

[60] LOPES JR., op. cit.

[61] LOPES JR., loc. cit.

[62] MACHADO, Antonio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

[63] OLIVEIRA, Alexandre Madureira de., NEPOMUCENO, Eduardo. Lei 12.654 de 28 de maio de 2012: uma nova identificação criminal. **Letras jurídicas**. 19 set. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso em: 13 out. 2015.

[64] BRASIL. **Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

[65] MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil**. mar. 2015. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

[66] KAWAMURA, Bárbara. **Desenvolvimento de um banco de dados genético brasileiro para marcadores STR do cromossomo X**. 2013. 56. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Farmácia). Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/119527/000742539.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

[67] MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil**. mar. 2015. Disponível em:

<<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

[68] BARBOSA, Ruy *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

[69] MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 101.

[70] CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* MORAES, op. cit.

[71] MIRANDA, Jorge. *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32.

[72] VIAMONTE, Carlos Sánchez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 527.

[73] ARAUJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 76.

[74] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584.

[75] KANT, Immanuel *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 587.

[76] *Ibid.*, p. 584.

[77] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição F*ederal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 30.

[78] SARLET, loc. cit.

[79] COMPARATO, Fabio Konder *apud* TAVARES, op. cit.

[80] KANT, Immanuel *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 586-587.

[81] *Ibid.*, p. 588.

[82] *Ibid.*, p. 589.

[83] MIRANDA, Jorge *apud* TAVARES, loc. cit.

[84] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

[85] *Ibid.*, p. 52.

[86] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

[87] SABOIA, Brenda Schio. **Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio *nemo tenetur se detegere***. 2014. 50. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

[88] SABOIA, loc. cit.

[89] CAOP da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_1_1.php>. Acesso em: 24 set. 2015.

[90] SABOIA, op. cit.

[91] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

[92] *Ibid.*, p. 1-3.

[93] QUEIJO, loc. cit.

[94] *Ibid.*, p. 56-57.

[95] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

[96] MIRANDA, Jorge *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. *Ibid.*, pg. 56.

[97] QUEIJO, loc. cit.

[98] *Ibid.*, p. 241.

[99] QUEIJO, loc. cit.

[100] Ibid., p. 242.

[101] Ibid., p. 243.

[102] Ibid., p. 247.

[103] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 264.

[104] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

[105] QUEIJO, op. cit., p. 266.

[106] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 609.

[107] GÖSSEL, Karl Heinz *apud* LOPES JR., op. cit. p. 641-642.

[108] Id., op. cit.

[109] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 233.

[110] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 46.

[111] BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001. Relator (a) Júlio Cezar Gutierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=coleta%20material%20gen%E9tico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&dataJulgamentoFinal=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20castradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

[112] BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.091242-1/001. Relator (a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgado em: 18 jul. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=5&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%E7%E3o%20criminal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&lista>>

OrgaoJulgador=2-3&listaRelator=2-2849990&dataJulgamentoInicial=18/06/2014&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 08 out. 2015.

[113] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 7

[114] TUCCI, Rogério Lauria *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

[115] CARVALHO, Amilton Bueno de. *apud* LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 524.

[116] LOPES JR., loc. cit.

[117] LOPES JR., loc. cit.

[118] FILHO, Antonio Magalhães Gomes *apud* QUEIJO, op. cit.

[119] BRASIL, **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Art. 386: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...). IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (...) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

[120] QUEIJO, op. cit.

[121] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

[122] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

[123] BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001. Relator (a) Júlio Cezar Gutierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=cria%E7%E3o%20banco%20dados&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&l>>

istaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 13 out. 2015.

[124] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 107.

[125] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

[126] BARROS, Suzana Toledo. *apud* LOPES JR., Aury. *Ibid.*, p. 643.

[127] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 123.

[128] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 124.

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

MARIANA FERNANDES TRIVELONI:
Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia
Universidade Católica. Advogada. ²⁷

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar de que maneira o princípio da liberdade é respeitado, principalmente, dentro das relações familiares no Direito Brasileiro, com principal enfoque na Lei do Planejamento Familiar, a fim de verificar se os seus dispositivos legais respeitam a liberdade individual que está prevista na Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article aims to analyze in which way the principle of freedom is respected, mainly within family relationships according to Brazilian Law, focusing on the Family Planning Law, in order to verify if its legal devices respect individual freedom, expected in the Federal Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família encontra-se em constante evolução. A cada momento, novas formas de família, novas leis e adaptações surgem com o intuito de proteger aqueles mais vulneráveis.

Nos dias atuais, verifica-se uma grande mudança no conceito de família e nas próprias relações interpessoais que a compõem. O que antes era considerado uma verdade universal, hoje não é mais e, por isso, a liberdade se faz tão importante.

Pode-se considerar que o princípio da liberdade nas relações familiares é um grito de democracia, uma vez que garante autonomia e igualdade entre seus membros.

O respeito aos princípios do Direito de Família é de grande importância, a fim de valorizar e preservar toda a evolução que foi construída até o momento.

Caso houvesse um questionamento sobre quais os tipos de liberdades dentro do âmbito familiar há cinquenta anos, a maioria das pessoas informaria que eram muito poucas, pois todas as famílias eram iguais e deviam seguir as regras determinadas pelo

²⁷ E-mail: marianafriveloni@gmail.com

Estado, ou seja, não havia uma forma de lidar com os diferentes, afastando assim, qualquer possibilidade de análise subjetiva do caso concreto.

Após observância do princípio da liberdade em seu sentido mais amplo, há a necessidade de se analisar a Lei nº 9.263/96 que trata sobre o Planejamento Familiar e regula o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal.

A partir do momento que existe uma determinada lei que regula o planejamento familiar, cabe questionar se os dispositivos presentes preservam os princípios constitucionais como a liberdade, além de outros.

O objetivo do presente artigo, portanto, é demonstrar como a liberdade deve caminhar juntamente com a evolução do Direito de Família e demonstrar se a lei do planejamento familiar respeita e protege a autonomia dos membros de uma relação familiar.

2 O QUE É A LIBERDADE?

De acordo com o Dicionário Michaelis, a palavra liberdade pode significar: “Nível de total e legítima autonomia que representa o ideal maior de um cidadão, de um povo ou de um país” ou “Poder de agir livremente, dentro de uma sociedade organizada, de acordo com os limites impostos pela lei”.

Este segundo conceito se destaca, pois verifica-se que a liberdade não é absoluta. O fato de poder agir livremente só é possível se ocorrer de acordo com os limites impostos pela lei, ou seja, até a autonomia conferida a alguém tem limitações.

Tais limites demonstram que a liberdade é o ponto de partida para qualquer decisão e atitude que se possa realizar, entretanto, dentro de um sistema organizado que delimita o que é possível e o que não ultrapassa a barreira do aceitável.

É necessário separar o conceito de liberdade segundo a Filosofia e sua aplicação no meio jurídico, pois pode se verificar na prática como seu significado é diverso, dependendo do campo de investigação.

2.1 A LIBERDADE SEGUNDO A FILOSOFIA

Até os dias atuais, a liberdade é uma das principais questões que inquieta o ser humano. Tal inquietação é justificável no sentido que se percebe o quão o conceito de liberdade é paradoxal.

Para uns, a verdade universal, e para outros, a subjetividade e análise cética de cada caso concreto. Com o objetivo de não cometer injustiças, o ideal e previsto deve ser a análise de cada caso, tendo em vista a impossibilidade de garantir a todos o mesmo direito, sem identificar a especificidade da causa.

De acordo com Kant, é possível compreender a autonomia da vontade como uma liberdade, uma vez que é a propriedade que implica a não escolha, de modo que as máximas sejam incluídas simultaneamente como lei universal. Destacar que através da simples análise dos conceitos morais, pode-se calcular que “o princípio da autonomia é o único princípio moral”

Para o filósofo, o conceito de liberdade está intrinsecamente ligado à autonomia da vontade, um conceito só pode ser pensado se o outro estiver presente, pelo simples fato do ser humano ter aversão a agir contra sua própria vontade, pois, de certa forma, se tal fato fosse uma imposição, não estaria preservando, assim, sua liberdade.

Não obstante, Kant acredita que o único modo para a análise do conceito de liberdade ocorrer de maneira satisfativa, é por meio da reflexão da moral.

Por outro lado, apesar de Platão não ter se dedicado a escrever uma obra exclusivamente sobre a liberdade em si, em seus livros é possível entender seu pensamento sobre o conceito.

De acordo com Platão, a liberdade individual indicava “que a cada um é dada de dispor de todos os seus bens ou de adquirir os dos outros, e, depois, de tudo se desfazer, mas cabendo às leis (ao Estado) regular as liberdades.”

Em uma breve análise sobre tal conclusão, é possível verificar que Platão também não sustentava que a liberdade era absoluta e que sim, cabia ao Estado estabelecer o limite à essas liberdades.

Já Aristóteles, associa a liberdade à ação moral, que sempre visa a alcançar o bem maior, advindo de uma ação voluntária.

De acordo com Silva:

A liberdade aristotélica surge, então, como a atividade racional que, pelo hábito, busca a virtude (o bem), visando dar uma finalidade para a existência. A realização da liberdade (dar uma finalidade para a existência) é a própria felicidade (sumo bem), proporcionada e garantida pela política.

Em Aristóteles, considerando a premissa de que a ética e a política constituem duas dimensões de um mesmo fenômeno e que ambas visam um mesmo fim, é possível afirmar que a liberdade conduz à alteridade, pois ninguém, na prática, exerce, sozinho, a liberdade. Destarte, o exercício da liberdade pressupõe o outro e, na intersubjetividade do eu com o outro, se encontra o nós, a coletividade, a sociedade, a política. E é na polis, locus da essência do animal racional e político (*zoon politicon*), que também reside a felicidade e com ela, a liberdade encontra sua razão de ser (SILVA, 2019, p. 148-149)

Para Aristóteles, a ação moral que visa alcançar um bem maior, busca a virtude. E o objetivo da liberdade é dar uma finalidade para a existência e, conseqüentemente, ao realizar todo este percurso, o cidadão chegar a um lugar de plena felicidade.

3 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é um tipo de instituição que existe desde os primórdios. De acordo com Rousseau (1762, p. 25) “a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família (...) é a família o primeiro modelo das sociedades políticas”.

O ser humano aprende a conviver em sociedade a partir de suas vivências familiares. É dentro de uma relação familiar que o indivíduo adquire sua liberdade e compreende seus limites.

Até se chegar aos dias atuais, a família sofreu diversas alterações a fim de acompanhar a evolução da sociedade.

Essa evolução tem influência direta na forma como elas se organizam. O conceito familiar que existia no século passado, não é mais o mesmo dos tempos atuais.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2011, p. 120)

A fim de comparar com o Direito brasileiro, no Direito Romano, a família era organizada baseada exclusivamente no princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae AC necis*). Podia desse modo, vendê-

los, impor-lhe castigos e penas corporais e, até mesmo, tirar-lhes a vida. Naquela época, a família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Além disto, antigamente, havia a crença de que os princípios não deveriam ser usados como base de fundamentação para garantir direitos ou decidir casos; estes atuavam como uma fonte subsidiária integrativa do direito que era claramente positivista.

Os princípios somente eram aventados em casos nos quais existia lacuna na lei. Ou seja, apenas na inexistência de legislação a respeito de determinado tema, na impossibilidade de ser utilizada a analogia e na ausência de esclarecimentos sobre os costumes é que se recorria, em último caso, aos Princípios Gerais do Direito.

Este fato demonstra como o direito correspondia ao engessamento do conceito de família. Tal comportamento impedia a exata adequação dos termos para a realidade vivida.

De acordo com Rolf Madaleno:

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado (...) A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, (2013, p. 32)

A partir do momento que a família inscrita na Constituição Federal de 1998 é a família-instrumento, funcionalizada por meio da promoção da personalidade de seus membros, deixando assim de existir a grande família, que passou a ser nuclear formada pela tríade pais e filhos (considera-se que a tríade pai, mãe e filho já não representa totalmente, tendo em vista o reconhecimento da multiparentalidade, bem como das uniões entre pessoas do mesmo sexo), os princípios ganharam seu devido destaque.

Estes princípios são responsáveis por ampliar seu próprio leque de pretensões juridicamente tuteladas, além de garantir que todas as pessoas sejam representadas nas codificações vigentes e decisões judiciais.

O artigo 226 da Constituição Federal dispõe em seu *caput* que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, bem como em seus parágrafos que tratam sobre o casamento, a igualdade entre homem e mulher etc.

De acordo com Lourival Serejo:

Embora os alicerces básicos do Direito de Família estejam atrelados ao direito privado, em nosso ordenamento jurídico, a vocação publicística do Direito de Família está assentada em nossa Carta Maior, onde estão abrigados seus princípios e institutos norteadores, e firmada uma maior abrangência da tutela de proteção da família (*art. 226: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*). (SEREJO, 2004, p. 4)

Entretanto, cumpre-se ressaltar, que a entidade familiar deve ser entendida, atualmente, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois à outra conclusão não se pode chegar, sob análise do texto constitucional. Assim, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu "eu", sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele – afeto; decorram efeitos jurídicos diversos. Essa afetividade traduz-se, concretamente, no necessário e fundamental respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.

Por esta forma, percebe-se que a Constituição Federal logrou êxito ao identificar esta nova realidade. Formada por pessoas dotadas de anseios, necessidades e ideais que se alteram, significativamente, no transcorrer dos tempos, mas com um sentimento coletivo, a família deve ser compreendida como um ponto de referência comum na sociedade. Pode-se dizer que a Constituição promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor.

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, com a ajuda de princípios, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, sendo alicerce primordial para o alcance da felicidade.

4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da liberdade no ordenamento jurídico brasileiro é bastante citado no Código Civil e na Constituição Federal, como foi demonstrado no capítulo anterior.

O artigo 1.511 do Código Civil dispõe: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

A comunhão plena de vida significa um ponto de partida para que os partícipes da relação possam ter o seu pleno desenvolvimento pessoal sem ingerências externas.

Além disto, o princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

De acordo com Maria Berenice Dias:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filho, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639, parágrafo 2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. (DIAS, 2015, p. 36)

Entretanto, cria-se um questionamento? Até que ponto, de fato, as pessoas dentro de suas respectivas relações familiares são livres para decidirem da forma que quiserem suas questões internas? O Estado limita esta suposta liberdade existente nas relações?

A liberdade traz consequências positivas e negativas a todos. Muitas vezes, dentro de uma relação familiar, a dependência emocional entre as partes ultrapassa o aceitável e caracteriza subordinação, bem como prejuízos à própria liberdade. Cumpre destacar que esta decisão, frequentemente, surge entre os participantes da relação, inexistindo ingerência externa.

Por outro lado, na prática, percebe-se que o Estado apresenta como justificativa para a intromissão na relação familiar, a necessária fiscalização, o que se torna justificável em situações onde existam filhos, que podem ser vítimas de condutas inadequadas de seus genitores, que ultrapassam os limites, que ferem o princípio da paternidade responsável e,

consequentemente, a dignidade humana da vítima, podendo ensejar consequências cíveis e até sanções criminais.

Contudo, há alguns limites na liberdade imposta pelo Estado que merecem maior discussão, como no caso da Lei do Planejamento Familiar – Lei nº 9.262/1996 que será melhor abordada no próximo capítulo.

4.1 UMA ANÁLISE DA LEI Nº 9.262/1996 E A VIOLAÇÃO À LIBERDADE

Inicialmente, cumpre destacar que o artigo 226, § 7º da Constituição Federal dispõe:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, não paginado)

De acordo com Canotilho e Vital Moreira:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais - informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007, p. 858).

Marques e Lando (2020) afirmam que o planejamento familiar é um direito reprodutivo e entendê-lo como tal é de extrema importância para que ele se efetive verdadeiramente, de uma maneira consciente e autônoma. O planejamento familiar envolve o direito à informação, assistência especializada e acesso aos recursos que permitam a escolha livre e consciente de se ter ou não filhos, o seu número, a diferença de idade entre cada um e o método contraceptivo mais conveniente para os parceiros.

O planejamento familiar é livre decisão do casal e o Estado cumpre sua função de propiciar os recursos necessários para o exercício deste direito, portanto, verifica-se que há uma limitação constitucional imposta baseada nos princípios da dignidade humana e na paternidade responsável.

Além disto, cabe um destaque quanto a vedação a qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Mais do que um enunciado, deve ser um preceito respeitado integralmente pelo Estado.

Em 1996, entretanto, houve a criação da Lei nº 9.262/96 que apresentava mais limites ao planejamento familiar disposto na Constituição Federal.

Cumprir destacar que a Constituição Federal foi promulgada em 1988 e a referida Lei em 1996, ou seja, oito anos depois. Um curto espaço de tempo para a imposição de limites.

Em seu primeiro artigo, a lei destaca que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, portanto, repete o disposto na Constituição Federal. Mas até que ponto, de fato, o planejamento familiar é considerado um direito?

No segundo artigo é disposto:

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. (BRASIL, 1991, não paginado)

Ao elaborar tal artigo, percebe-se que a intenção do legislador foi unicamente a busca pela prole, eis que determinou que o planejamento familiar apenas garantisse direitos à limitação ou aumento da prole. E os casais que não podem ou não querem ter filhos? Estes não têm direito ao planejamento familiar?

O referido artigo afastou qualquer possibilidade de o planejamento familiar abarcar os casais que não desejam ou não querem ter filhos, ocasionando uma certa discriminação.

Apesar da Constituição Federal afirmar que planejar uma família é de livre decisão do casal, a lei do planejamento familiar, em seu artigo 10, impõe condições para que o método contraceptivo de maneira voluntária possa ocorrer.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será

propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. (BRASIL, 1991, não paginado)

Cumprido destacar que a Lei 8.263/91 foi baseada no Código Civil de 1916, à época vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Este código possuía normas que submetiam a mulher ao controle do marido, pois era estabelecido o pátrio poder.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as demais leis deveriam se adaptar, tendo em vista a dinamicidade que existe, principalmente no Direito de Família, aproximando-as dos dias atuais.

Neste inciso I, somente é permitida a esterilização voluntária em casos em que os indivíduos possuem mais de 25 anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos.

Este inciso escancara a incoerência entre o Código Civil de 2002 e a presente lei, pois conforme o artigo 5º, a menoridade civil cessa aos 18 anos completos. Após o atingimento da maioridade, o indivíduo está apto para decidir sobre todos os atos da vida civil. Então, por qual razão a esterilização voluntária só é permitida a partir dos 25 anos?

Verifica-se que a lei do Planejamento Familiar impõe uma série de obstáculos que impedem que os interessados exerçam sua liberdade individual.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) já se manifestou de forma contrária a tal determinação na referida lei.

De acordo com o art. 5º do Código Civil brasileiro, a menoridade extingue-se aos dezoito anos completos, quando a pessoa está habilitada a todos os atos da vida civil. Essa noção de capacidade revela-se em dois domínios distintos: o da titularidade e o do exercício pessoal e livre. Nessa lógica, parece de todo absurdo que uma legislação imponha uma idade superior à maioridade civil para a prática de um ato que, mais do que ser a prática de uma ação da vida civil, é um exercício de autodeterminação reprodutiva que se vincula à esfera pessoal e íntima dos indivíduos, sem causar quaisquer prejuízos a terceiros.

O indivíduo com 18 anos não é autorizado a realizar o devido procedimento de esterilização, mas é permitido a ele constituir família, conforme está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Há a iminente necessidade de alteração destes dispositivos a fim de que aceitem e preservem a liberdade individual nestes casos.

Não obstante todas estas imposições, a esterilização voluntária só é permitida se o interessado tiver dois filhos vivos, o que demonstra um dever de procriação determinado pelo Estado, pois quem não possui filhos, está impedido de realizar o procedimento de esterilização.

Ainda, destaca-se que, no final do inciso I, está determinado que o aconselhamento multidisciplinar propiciado pelo Estado visa a desencorajar a esterilização precoce.

A partir do momento que o Estado impõe determinado comportamento a fim de garantir um resultado esperado – no caso, o aumento de prole – este está novamente desrespeitando a liberdade individual, constitucionalmente prevista no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal.

Além deste princípio, o Estado viola os princípios da autonomia, igualdade e o próprio direito ao planejamento familiar.

Quanto ao inciso II do mesmo artigo, demonstra a permissão da esterilização voluntária em casos de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, somente quando testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Novamente, percebe-se uma imposição estatal ao fato de ser necessário um relatório escrito e assinado por dois médicos para testemunhar o risco à vida da mulher ou do feto. A lei deve prever afrouxamentos em caso de emergência e não obstar comportamentos que possam salvar a vida das partes envolvidas.

No parágrafo 1º está disposto:

É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. (BRASIL, 1991, não paginado)

Este parágrafo destaca a necessidade de expressa manifestação de vontade em documento escrito e firmado com todas as devidas informações da cirurgia e os devidos riscos. De fato, é importante que a parte interessada na esterilização

voluntária esteja ciente do que enfrentará, entretanto, para pessoas analfabetas ou com dificuldade de escrita, como deve se proceder?

A referida lei, ao invés de facilitar o acesso às pessoas necessitadas, cada vez, o obstaculiza perante a liberdade individual.

Já no parágrafo 2º está disposto: “É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.”

Ao analisar-se o referido parágrafo, percebe-se que há a violação ao princípio da igualdade entre homem e mulher, tendo em vista que a mulher apresenta grande dificuldade na realização do procedimento, comparado ao homem. Não há qualquer justificativa apresentada para esta imposição de obstáculos de maneira exagerada.

O parágrafo 5º determina que: “Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”.

Em uma rápida leitura deste parágrafo, é possível perceber as limitações que ele apresenta, como, novamente, a violação às liberdades individuais. A obrigação determinada pelo Estado de que a mulher deve se submeter à autorização formal do cônjuge para a realização da esterilização, caminha assim, de forma contrária ao exposto na Constituição Federal.

Para Maria Celina Bordin e Ana Carolina Brochado Teixeira este parágrafo traz uma interferência indevida do Estado:

Entretanto, a Lei 9. 263 /96, criada com o objetivo de regular o planejamento familiar, parece ter ido além do papel destinado ao Estado na circunstância. A lei tem o grave defeito da excessiva ingerência na vida pessoal, ao criar parâmetros para o exercício do direito planejamento familiar que em muito ultrapassam o papel ativo do Estado, como estabelecido pelo §7º do art. 226 da Constituição. Exemplo disto é a exigência de consentimento expresso do cônjuge para que haja esterilização do outro, caso se dê na constância do casamento, segundo dispõe o §5º do art. 10 da referida lei, em flagrante limitação ao direito de disposição do próprio corpo. (BORDIN; TEIXEIRA, 2013, p. 122)

Como forma de impedir que fragmentos inconstitucionais façam parte da referida lei e a fim de combatê-los, atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal a

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5097) que foi ajuizada pela ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos).

A referida ação visa declarar como inconstitucional o parágrafo 5º, do artigo 10 da Lei nº9263/96. Em sua petição inicial está disposto:

Nesse sentido, toda mulher deve exercer o seu direito ao planejamento reprodutivo de forma consciente e livre de qualquer interferência, tanto do Estado como de qualquer outro indivíduo. A escolha sobre ter ou não ter filhos, ou sobre o número de filhos que terá, deve ser feita pela mulher, como titular do direito à liberdade de escolha e de disposição sobre o seu próprio corpo. (ANADEP, 2014, p. 14)

Prosseguem:

A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226, §7º da nossa Constituição. (ANADEP, 2014, p. 16)

Além desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, mais recentemente, houve a propositura de outra, em 2018. Esta ADI 5911 foi ajuizada pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro) e busca a inconstitucionalidade parcial do inciso I do artigo 10 (quanto à idade superior a 25 anos ou existência de dois filhos vivos para poder realizar o procedimento) e total do parágrafo 5º do mesmo artigo da referida lei.

À época, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em seu parecer nº 271438/2020, ao se manifestar sobre a ADI 5911/DF afirmou:

Embora se vislumbre o propósito a envolver a previsão – fundada no eventual arrependimento que possa ocorrer a pessoas mais jovens – , verifica-se que existe ingerência em decisão individual de pessoas plenamente capazes, presumindo-as incautas e, por isso, inaptas para decidir sobre a própria vida reprodutiva, tendo-se a substituição da vontade individual pela legal.

Nota-se direcionamento estatal relacionado à livre decisão de ter ou não ter filhos, impondo-se, de algum modo, visão que supõe mais adequado resguardar a potência de eventualmente tê-los no futuro.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10, o procurador assevera:

A perspectiva (legal) de consenso não deixa de ser uma maneira articulada de sujeitar as partes ao arbítrio de alguém, porque, se houver divergência de pensamento, incidirá a norma (ou seja, a deliberação do Estado), e então prevalecerá a posição do dissidente contra o que pense o sujeito que pretenda submeter-se ao procedimento, a despeito de envolver um aspecto da sua própria e individual personalidade. (BRASIL, 1991, não paginado)

Portanto, o Procurador Geral da República se manifestou de forma favorável à ação proposta, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos” do inciso I do art. 10 da Lei 9.263/1996, bem como da integralidade do § 5º do mesmo artigo.

Diante do exposto, verifica-se que já existem movimentos com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos a fim de que se proíba a violação aos princípios da liberdade individual, isonomia, dignidade humana e interrompa a enorme ingerência do Estado sobre a vida do indivíduo, além da preservação do planejamento familiar de fato e da autonomia de cada pessoa.

Cumprê destacar ainda que o interesse estatal em desestimular a realização da esterilização não se justifica, eis que a conduta fere de forma evidente todos os princípios que devem ser assegurados a qualquer cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O planejamento familiar é defendido pelo Estado de fato desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 e com o advento da lei nº 9.263/96 a intenção estatal foi ratificada a fim de formalizar um direito que existia há muito tempo.

Entretanto, os artigos da referida lei, ao invés de assegurarem que os princípios constitucionais fossem preservados, como: dignidade da pessoa humana, autonomia, liberdade, planejamento familiar e isonomia, impuseram uma série de condutas aos interessados no procedimento que, na verdade, mais impede do que permite a realização desse direito.

A lei é posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, não acompanha alguns posicionamentos garantistas, o que faz com que ela seja tida como ultrapassada, tendo em vista que diversas das suas restrições impostas apontam para grandes divergências comparadas ao próprio Código Civil de 2002, que entrou em vigor

poucos anos depois, como a exigência de o indivíduo ter 25 anos ou mais para ser autorizado a fazer o procedimento de esterilização (inciso I do artigo 10 da lei)

Não obstante, o parágrafo 5º do artigo 10 da mencionada lei, ao determinar que deve haver o consentimento formal do cônjuge para autorizar a esterilização, demonstra grande retrocesso à liberdade individual adquirida com tanta batalha pelas partes interessadas.

A inconstitucionalidade dos dispositivos se evidencia diante da tramitação de ações junto ao Supremo Tribunal Federal de ações próprias com grandes possibilidades de sucesso e que buscam preservar normas de eficácia superior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097/DF** (94.149/2015). Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Interessados: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307833337&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.911/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Interessados: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 08 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307833337&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa. Brasília, DF, 12 jan. 96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. de Valério Rohden. São Paulo: Abril cultural, 1974.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Tess Carvalho. LANDO, Giorgi André. A Inconstitucionalidade do artigo 10, I e § 5º, da Lei do Planejamento Familiar. **Research, Society and Development**, [s.l.], v. 9, n. 8, e493985937, 2020. ISSN 2525-3409. DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i8.5937>.

MORAIS, Océlio de. **Platão e a liberdade**. O liberal.com., 02 fev. 2021. Disponível em: <https://www.oliberal.com/colunas/ocelio-de-jesus-c-morais/platao-e-a-liberdade-1.351336>. Acesso em: 21 jun. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentário ao art. 226**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; S TRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2013.

NASCIMENTO, Rosemberg. **A compreensão de liberdade na perspectiva Kantiana: princípio supremo da moralidade**. Pensamento Extemporâneo, 9 ago. 2012. Disponível em: <https://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=2273>. Acesso em: 13 jun. 2022

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Família e Responsabilidade: Teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 2. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Márcio Luiz. O conceito de liberdade em Aristóteles, Hegel e Sartre: Implicações sobre ética, política e ontologia. **AUFKLÄRUNG**, João Pessoa, v.6, n. 2, p. 141160, 2019;

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

LUMA GOMES BARBOSA:
Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário UNA.²⁸

RESUMO: O presente trabalho faz lume a prisão preventiva em face do princípio da presunção da inocência. Traz a contextualização histórica e jurídica da pena e das espécies de prisão. Trata em especial da prisão preventiva, uma espécie de prisão cautelar, que pode ser decretada no curso da investigação penal. O trabalho apresenta uma temática dialética sobre em qual momento a prisão preventiva fere o princípio constitucional da Presunção da Inocência. Dentre posicionamentos e julgamentos sobre o tema pode-se destacar Odete Maria de Oliveira, Cesare Beccaria, Pedro Lenza e várias decisões das Cortes Superiores. Permitiu, portanto, o presente trabalho, avaliar os pensamentos e correntes existentes sobre a temática, a associação efetiva da constitucionalidade da prisão preventiva sem que essa possa ferir o princípio da Presunção de Inocência.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva. Princípio da Presunção da Inocência. Prisões. Pena. Condenação.

ABSTRACT: The present work highlights preventive detention in view of the principle of presumption of innocence. It brings the historical and legal context of the penalty and the types of prison. It deals in particular with preventive detention, a kind of provisional detention, which can be ordered in the course of the criminal investigation. The work presents a dialectical theme on which moment preventive detention violates the constitutional principle of the Presumption of Innocence. Among positions and judgments on the subject, Odete Maria de Oliveira, Cesare Beccaria, Pedro Lenza and several decisions of the Superior Courts can be highlighted. It allowed, therefore, the present work, to evaluate the existing thoughts and currents on the subject, the effective association of the constitutionality of the preventive detention without this being able to harm the principle of the Presumption of Innocence.

Keywords: Preventive Prison. Principle of the Presumption of Innocence. Prisons. Pity. Conviction.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRISÃO PREVENTIVA 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA 2.2 CONCEITO JURÍDICO 2.3 PRESSUPOSTOS À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA 3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA 4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS A CERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA 4.1 A

²⁸ E-mail: luma.gb15@gmail.com

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA 4.2 PEC DOS RECURSOS E A PEC 410/2018 5
CONCLUSÃO 6 REFERÊNCIA.

1 – INTRODUÇÃO

A origem da humanidade trouxe consigo a necessidade do homem de viver em sociedade devido sua natureza existencial. A partir disso, surgem conflitos sociais advinda da necessidade do indivíduo de disputar o mesmo espaço. A falta de organização e de centralização de poder gera uma colisão de interesses entre aqueles que convivem, fazendo com que as regras sejam transgredidas dentro de um determinado grupo local. Nessa linha, surge o sistema punitivo mais antigo da história da humanidade: A vingança de sangue.

Dessa forma, é necessário que se perpasse pela origem histórica da pena e qual era sua função na sociedade, como eram realizadas as punições e em qual proporção era aplicada a pena se comparada ao crime cometido pelo malfeitor. As várias formas de punição passou por muitas etapas na história da humanidade modificando sua severidade. Teve influências do governo absolutista e sofreu grandes mudanças com o movimento iluminista.

As formas de prisões, em consonância com as penalidades aplicadas passaram também por várias mudanças. A cada passo dado na história do Direito Penal existe a busca pela justiça e a aplicação do Direito da forma mais efetiva e concreta.

Dentre a contextualização das formas prisionais do sistema penal brasileiro tem-se a prisão preventiva. Trata-se de uma espécie de prisão cautelar disciplinada pelo Código de Processo Penal que poderá ser decretada antes do fim do curso do processo.

A prisão preventiva é tema polêmico no campo do Direito Penal Brasileiro uma vez que se percebe a violação do princípio da Presunção da Inocência. Vários julgamentos e posicionamentos doutrinários deixam assimilar que a prisão cautelar se faz necessária e que decretada de acordo com os pressupostos do Código de Processo Penal o princípio constitucional da Presunção da Inocência será preservado.

2 PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Evolução histórica da Pena

A origem da pena parecia-se com o nascimento da humanidade e da convivência do ser humano em sociedade. A função da pena preceituava-se a função de punir aquele que violasse as regras impostas pela sociedade. A pena surge portanto, para proteger os interesses dos indivíduos para que fosse possível viver em grupos.

As punições eram de cunho severo sob penas de vinganças privadas. Considerava-se vingança de sangue aquela pena que tinha como objetivo igualar a ação do malfeitor através de outra ação ao mesmo patamar de violência. Acabava-se por desencadear guerras em entre clãs, que levavam a morte de inocentes.

Com isso, percebe-se que a pena é uma imposição antiga, como retrata Odete Maria de Oliveira[1]:

[...] a pena é uma instituição muito antiga, cujo surgimento registra-se nos primórdios da civilização, já que cada povo e todo período histórico sempre teve seu questionamento penal, inicialmente, como uma manifestação de simples reação natural do homem primitivo, para conservação de sua espécie, sua moral e sua integridade, após, como um meio de retribuição e de intimidação, através das formas mais cruéis e sofisticadas de punição, até nossos dias, quando se pretende afirmar como uma função terapêutica e recuperadora.

A aplicação da penalidade, no entanto, passou a ser de interesse público, centralizado e estatizado e passou a ter uma inserção no contexto social. Nessa linha, é importante ressaltar o Código de Hamurabi, cujo o embasamento é a lei de Talião "*Olho por olho, dente por dente*". O Código de Hamurabi[2] é um conjunto de leis criado no século XVII a.C, na Mesopotâmia, onde impõe uma dura pena ao crime praticado pelo indivíduo. Um exemplo disso, são as penas impostas presentes em alguns de seus artigos:

*II - CRIMES DE FURTO E DE ROUBO, REIVINDICAÇÃO DE MÓVEIS 6º
- Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto.*

Com o passar do tempo, na Idade Antiga, a pena passou a ter caráter religioso, surgindo sacrifícios e vinganças divinas. No entanto, na Idade Média, o caráter teocrático da pena perde sua força e toma um caráter político concretizada em leis escritas. Exemplo disso é o Código de Dracon[3], em Atenas, que tem como princípio o poder do Estado perante a sociedade e a liberdade do indivíduo.

O conceito de pena, perpetuou por muito tempo na humanidade como caráter punitivo e retributivo. Contudo, com a evolução da humanidade e seu convívio em sociedade tem-se também a evolução da pena. Em transição ao fim do governo absolutista e as influências iluministas, surgem-se na metade do século XVII uma corrente de ideais que contrariam a crueldade e os abusos cometidos nas penas impostos pelo poder absolutista.

Nessa época, surgiram movimentos humanitários em prol de mudanças do sistema penal que envolveram protestos formados por juristas, filósofos e magistrados que iam de contraponto a punição desproporcional em relação ao crime cometido.

Um dos destaques da época foi do filósofo Cesare de Beccaria com a publicação do livro “Dos Delitos e das Penas[4]” que para ele os homens:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. [...] Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis’

Cesare Beccaria, emitiu fortes críticas sobre a tortura praticada como forma de punição aos crimes cometidos, e desde então houve um grande avanço na aplicação da pena. A punição deixou, portanto, de se sustentar sobre cenas de torturas e passou a objetivar a proporcionalidade da pena e ao mesmo tempo garantindo a segurança social.

Desse modo, a pena passou por diferentes etapas na historicidade do direito penal e passou a ter sua aplicação de forma mais proporcional e aplicada a sociedade de acordo com sua vivência.

2.2 Conceito Jurídico

Existe uma relação entre a pena e o Direito Processual Penal, de forma que, o processo penal é o caminho que se percorre para alcançar a pena. Sendo assim, é necessário ressaltar que o processo penal é o que dá a condição e a imposição de regras ao julgador o direito penalizar.

Assim, o direito de penalizar por parte do Estado surgiu em supressão a vingança privada, exigindo-se critérios sociais e adequados, o que leva a implementação dos critérios judiciais.

Um dos critérios judiciais são as formas de prisão. As prisões tiveram seu surgimento na Idade Média e era utilizado como forma de reclusão solitária, para que o

indivíduo se arrependesse do que cometeu e ao mesmo tempo reconciliasse com Deus. Como bem disse Mirabete[5]:

Como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se com Deus.

O Código de Processo Penal brasileiro prevê seis tipos de prisão: temporária, preventiva, em flagrante, para execução da pena, preventiva para fins de extradição e civil do não pagador de pensão alimentícia.

A prisão temporária é utilizada como forma de assegurar o sucesso da diligência durante uma investigação. Enquanto que, a prisão em flagrante é decretada se presenciada o ato criminoso.

A prisão preventiva para fins de extradição é decretada para garantir a efetividade do processo, uma vez que a extradição só poderá ser pedida após a prisão do acusado.

A prisão civil do não pagador de pensão alimentícia é a única modalidade de prisão civil admitida na justiça brasileira. O objetivo é que o pagador de pensão alimentícia cumpra com o papel de prestar alimentos ao seu filho.

A prisão para execução da pena é aplicada aos condenados por algum crime. Enquanto que a prisão preventiva é a modalidade mais conhecida, debatida no âmbito jurídico e objeto de discussão do presente artigo.

De acordo com o artigo 312 do CPP a prisão preventiva poderá ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal quando se pretende garantir a ordem pública e a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Contudo, para isso será necessário o cumprimento de requisitos previstos no Código de Processo Penal.

2.3 Pressupostos à decretação da prisão preventiva

A prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro é uma espécie de prisão cautelar. Entende-se por cautelar um ato de precaução, ou até mesmo um ato de antecipar os efeitos da decisão antes do julgamento final.

Com a interpretação literal do dispositivo constitucional[6] artigo 5º, LXI, CF/88 entende-se que a regra geral é a liberdade:

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.

Contudo, excepcionalmente essa liberdade poderá vir a ser cerceada. De acordo com a leitura do artigo 283 do Código de Processo Penal[7], semelhante ao dispositivo constitucional, com a redação inserida e modificada com o pacote anticrime, Lei nº 13.964, de 2019:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

O legislador disciplina portanto, quais são as espécies de prisão que necessitam de uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária competente: prisão cautelar (preventiva e temporária, ocorre antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória) e prisão pena (em virtude de condenação criminal transitada em julgado).

A prisão preventiva está disciplinada no Código de Processo Penal[8] do artigo 311 ao artigo 313, onde serão tratados os pressupostos para a realização dessa espécie de prisão cautelar.

O artigo 311 do CPP trata dos legitimados para pleitear a prisão preventiva:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Logo, os legitimados que trata o artigo 311, serão o Ministério Público, o querelante, o assistente de acusação por meio de uma representação da autoridade policial, provocando o Juiz a decretar a prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal.

Já os artigos 312 e 313 do CPP tratará da legítima da prisão preventiva trazendo os fundamentos para se decretar a prisão cautelar.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver

prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

O artigo supracitado está embasado na análise dos requisitos *fumus comissi delicti* que são os elementos que compõem a prova do crime, ou seja, elementos suficientes para comprovação de autoria, e o *periculum libertatis*, onde o perigo gerado pela liberdade do imputado que colocará em perigo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a aplicação da lei pena.

No que se refere a garantia da ordem pública e ordem econômica, existe uma crítica doutrinária majoritária de que esse pressuposto possui um conceito abstrato carente de taxatividade. Contudo, a jurisprudência interpreta como risco de reiteração delitiva, quando há risco de reincidência por parte do agente e maus antecedentes mediante a fatos concretos.

Outro pressuposto presente no artigo 312 do CPP, necessário para decretar a prisão preventiva, é a conveniência da instrução criminal. Um exemplo disso é quando o autor do fato perturba as testemunhas a alterar seus depoimentos ou impede a produção de prova na fase de instrução criminal. Nesse exemplo, ao terminar a fase de instrução, não teria mais justificativa manter a prisão preventiva.

No que tange a aplicação da lei penal, sempre que houver risco de inviabilizar a futura aplicação da pena será necessária a decretação da prisão preventiva. Um exemplo seria o risco concreto de fuga do autor do fato.

Em relação aos fundamentos supracitados previstos no artigo 312, estes passaram por juízo de necessidade e adequação. Obviamente que os fundamentos lá existentes podem ser apresentados em mais de um, ou apenas um deles, desde que demonstre a *fumus comissi delicti*[9] e o *periculum libertatis*[10].

Nessa mesma linha, vale ressaltar que o artigo 315 do CPP deixa claro que a decisão da decretação da prisão preventiva deve ser baseada na apresentação de indícios concretos e na fundamentação.

Por último e não menos importante, há também o requisito da admissibilidade e de legalidade previsto no artigo 313 do CPP, onde nele não se pode cumular os pressupostos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Portanto, esse juízo de legalidade e admissibilidade trazido pelo inciso I do artigo mencionado, expressa que somente caberá prisão preventiva em crimes dolosos punidos com penas privativas máximas e superior a 4 anos. No que tange ao inciso II, será admitida a prisão preventiva se houver o autor sido condenado por outro crime doloso condenado em sentença que transitou em julgado. E no inciso III, se tiver o autor praticado violência doméstica com grupos de pessoas vulneráveis previstas no inciso para assegurar a execução de medidas protetivas.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Há uma diferença entre a regra e o princípio. A regra por si só é uma descrição objetiva de uma situação, algo que estatue aquilo que deve ser feito e cumprido. Já o princípio não é uma descrição de uma situação e sim um comando, um comando para otimização. Uma determinação para que se cumpra uma determinada finalidade. O princípio é uma diretriz de uma orientação.

Nessa linha, descreve GOMES[11] (2005):

[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele).

Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

O princípio da presunção da inocência é uma garantia constitucional concedida ao cidadão e que respeita a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana. Amparado pela Constituição da República de 1988, o referido princípio está descrito no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 em que diz: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*

Significa dizer que é assegurado ao imputado sua inocência até que se prove o contrário, ou seja, sua culpabilidade no caso concreto. Nessa linha, tendo em vista que a Constituição da República de 1988 é a Lei Maior, toda a legislação infraconstitucional deverá, portanto, obedecer a esse princípio.

Tal princípio se desdobra em duas vertentes, a primeira é a de que o acusado deve ser considerado inocente durante todo o processo, desde o início dele até o trânsito em julgado. E a segunda vertente é a de que o dever de provar a culpabilidade do acusado é do acusador. Trata-se de uma garantia individual e fundamental positivada que assegura ao ser humano o status de indivíduo de direito.

O princípio da presunção da inocência é consagrado também, além da CF/88, por diplomas internacionais como, a Declaração Universal de Direitos Humanos[12] de 1948 no artigo XI, inciso I, que dispõe:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão[13] de 1789, artigo 9º:

Art. 9º. Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica[14], em seu artigo 8º, inciso 2, que diz: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966[15].

A presunção da inocência garante ao acusado todos os meios necessários a sua defesa, garantindo a ele o direito ao contraditório, ampla defesa e um processo justo. Percebe-se, então, que o princípio da presunção da inocência integra outros princípios também previstos no artigo 5º, da CF/88, como o do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

O Princípio do devido processo legal se encontra albergado no artigo LIV, do art. 5º, da CR/88. Significa dizer que, além de ter sua inocência presumida até o trânsito em julgado da condenação, o acusado poderá se valer de meios constitucionais para garantir a inviolabilidade de seu direito a defesa e a um processo justo.

Esses meios se darão através da autodefesa podendo o acusado, por exemplo, manter-se em silêncio não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou através da defesa técnica, aquela exercida por profissional habilitado pelas leis vigentes do ordenamento jurídico. Além disso, o acusado terá direito a um julgamento justo e público, com juízo imparcial, igualdade entre ele e o acusador, direito de não ser acusado ou processado com base em provas ilícitas, direito ao conhecimento da acusação e ao arrolamento de testemunhas.

Nessa mesma linha, o doutrinador Pedro Lenza[16] discorre acerca do assunto e diz que, caso o acusador não consiga provar o que alega, a ação penal será considerada como improcedente:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao Ministério Público ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente. (Lenza, Pedro, 2017, 21ª, P.1.197).

Portanto, é importante ressaltar que a violação do princípio da presunção da inocência gerará a violação, também, de outros princípios, tais como, o princípio do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal. Esses princípios são direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 e para que sejam preservados, a conceituação deles deve ser clara e taxativa bem como o conceito de trânsito em julgado.

4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS A CERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA

4.1 A prisão em Segunda Instância

Em 2009, o STF, mediante a julgamento de HC 84078[17], concedeu ao condenado o direito de recorrer em liberdade. Por sete votos a quatro, a Suprema Corte permitiu que Omar Coelho Vitor, ora condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a uma pena de sete anos e seis meses de reclusão, recorresse da decisão aos tribunais superiores em liberdade.

Omar Coelho Vitor foi julgado, naquele ano, por tentativa de homicídio duplamente qualificado. O Ministério Público de Minas Gerais havia pedido ao TJ/MG a prisão de Omar após a condenação no referido tribunal por desconfiar que o condenado estaria prestes a violar a lei penal. O TJ/MG acolheu o pedido e decretou a prisão.

Omar impetrou o referido Habeas Corpus perante o STF e pediu a suspensão da execução da pena, bem como a não aplicação do artigo 637, do CPP, que retira o efeito suspensivo do recurso extraordinário.

O STF decidiu levar o caso ao plenário provocando longos debates entre os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio que votaram a favor do HC e os ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

Nesse julgado, o STF entendeu que a prisão de Omar contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da CR/88 que trata do princípio da presunção da inocência. Durante o debate, o ministro Joaquim Barbosa[18], que votou contra o HC, levantou um questionamento crítico sobre o sistema penal brasileiro:

Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim". Joaquim indagou ainda que em país nenhum há a "generosidade de HC's" como existe no Brasil e que há réus confessos que nunca permanecem presos.

Em contradição ao voto e o questionamento do ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, o ministro Gilmar Mendes[19], munido de dados probatórios, disse que tem ciência de que a justiça brasileira é ineficiente sim, mas disse que o país tem um elevado número de presos. E apesar da falta de efetividade do sistema penal, o Brasil é um

dos países que mais prende no mundo inclusive com situação mais grave se comparado os números por Estado.

O ministro inteirou, ainda, que a quantidade de Habeas Corpus concedidos pelo tribunal não é um número tão expressivo assim e que estava certo de que a decisão proferida pelo plenário era uma decisão historicamente importante:

Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355, Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias - saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ - nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo.

Por outro lado, em 2016, houve um julgamento do HC 126.292[20] em que o STF mudou a jurisprudência do HC 84078[21], anteriormente citada, e permitiu a prisão a partir da decisão em segunda instância. O HC 126.292 discutiu a legitimidade de ato do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento ao recurso exclusivo da defesa e determinou o início do cumprimento da pena.

Por sete votos a quatro, o plenário mudou a jurisprudência do STF afirmando a possibilidade de início ao cumprimento da pena a partir da decisão condenatória em segunda instância. A favor da mudança da jurisprudência votaram os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. E contra a mudança da jurisprudência votaram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Robert Lewandowski.

Gilmar Mendes[22], que votou a favor do HC84078 em 2009, antecipou, de uma certa maneira, qual seria seu voto se o assunto tornasse a bater nas portas do plenário:

Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado.

No caso em análise, um homem foi condenado a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão por ter praticado roubo qualificado. A defesa apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou o cumprimento da prisão. A defesa recorreu ao Tribunal Superior sob justificativa de que o TJ/SP decretou a prisão sem

motivação, sendo que o juiz de primeira instância permitiu o recurso em liberdade. E, conforme o julgado do Habeas Corpus 126.292[23]:

(...) por maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Dentre os votos que definiram a mudança da jurisprudência em favor da prisão na segunda instância, deve-se enfatizar o voto do ministro Teori Zavascki, o qual, ao fazer uma explanação do tema, buscou fundamentar seu voto com embasamento em várias doutrinas de renomados autores e em julgados anteriores.

No tocante ao seu voto, Zavascki[24] fez um paralelo importante sobre o princípio da presunção da inocência e a efetividade da função jurisdicional, onde a garantia do acusado necessita sim ser positivada, no entanto, em contrapartida, deve-se também atender a sociedade:

(...) (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Outro ponto importante no voto do ministro Zavascki é que seu voto contou com o apoio de diversos estudos feitos em outros países em que o cumprimento da pena ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso acontece em países tais como: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Espanha e Argentina. Zavascki[25] ainda acrescentou que os recursos destinados ao STJ e ao STF acabam por favorecer a prescrição punitiva do Estado uma vez que, o prazo da prescrição não é interrompido:

(...) isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando

um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Portanto, é possível perceber que os recursos cabíveis para que a prisão seja iniciada apenas após a sentença condenatória de trânsito em julgado, acaba sendo abusiva e caracteriza um ato procrastinatório. O ilustre ministro Luís Roberto Barroso [26] bem integra, com um olhar crítico e certo, defende que os recursos acabam por deixar o processo mais moroso levando mais de anos para serem conclusos. Além disso, Barroso trouxe vários processos à tona para a fundamentação do seu voto para demonstrar que a maioria deles prescreveram ou são julgados às vésperas da prescrição, diminuindo assim a credibilidade da efetivação do sistema penal brasileiro.

Em 2019, o STF voltou a discutir o assunto sobre a prisão em segunda instância através da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 43[27]. A decisão foi divergente da jurisprudência de 2016 e a Suprema Corte voltou a considerar que o réu condenado pela segunda instância não poderá começar a cumprir pena imediatamente.

Desde então, até os dias atuais, ninguém poderá ser preso sem a sentença condenatória após trânsito em julgado. O placar foi de 6 votos contra a prisão após a condenação em segundo grau e 5 a favor.

Essa decisão foi alvo de grande polêmica, pois, com a decisão, todos os condenados em segunda instância que estavam cumprindo a execução provisória da pena foram libertados,

4.2 A PEC dos recursos e a PEC 410/2018

Dois projetos de Emenda à Constituição foram relevantes para a discussão do tema em que trata esse artigo. A PEC 15/2011[28], apelidada de PEC dos recursos, foi proposta em 2011 pelo ministro Cezar Peluzo denominada por ele de “revolução pacífica” com o objetivo de resolver os velhos problemas do sistema judiciário brasileiro como a morosidade e a sensação de impunidade.

A proposta, no entanto, era realmente revolucionária mas, nem tanto pacífica. O objetivo da emenda era criar uma transferência do momento do trânsito em julgado nas decisões para as decisões proferidas nos tribunais de segunda instância e, com isso, diminuir a atratividade dos recursos para as instâncias maiores.

Ocorre que esse fato não é tão simples assim, visto que essa transferência causa uma alteração do instituto que está previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88 que diz: “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, que, por determinação do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição da República de 1988, se trata de uma cláusula pétrea.

A PEC dos recursos, portanto, foi bastante criticada por se tratar de uma proposta desnecessária, visto que a possibilidade que ela trazia já é amparada, por exemplo, pelo Código de Processo Civil onde, os recursos especial e extraordinário já não possuem efeito suspensivo.

Na época, a OAB pontuou que a PEC feria "*de morte*" o direito à ampla defesa e prejudicaria "*o acesso da defesa de um cidadão a todos os graus de jurisdição*"[29] e portanto a proposta não prosperou no legislativo.

Já a PEC 410/2018[30] foi proposta pelo deputado Alex Manente motivado por um debate sobre o procedimento que autoriza a prisão de condenados em segunda instância numa entrevista com o jurista Sérgio Moro ao programa Roda Viva. A partir desse debate o deputado protocolou a proposta de emenda à Constituição que previa essa possibilidade.

A PEC 410/2018 propõe alterar o inciso LVII, do artigo 5º da Constituição da República de 1988, para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. A redação atual do dispositivo é a de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Sobre a referida proposta, vale salientar que também existe sobre ela uma discussão no mundo jurídico sobre as mesmas linhas de pensamento da PEC dos recursos. Ela também visa alterar um dispositivo do artigo 5º, da CR/88, que também é uma cláusula pétrea.

De acordo com o autor da proposta e levando em consideração ao período histórico do país, a presunção da inocência tinha por necessidade de ser positivada em tempos de período militar onde havia grande repressão.

Com o passar dos anos, não mais há justificativa sobre a manutenção dessa garantia nas dimensões atuais, pois o regime democrático já está consolidado e os limites constitucionais são inteiramente respeitados. Com efeito, Alex Manente sustenta que a Proposta de Emenda Constitucional deve prosperar

Vale lembrar que, sobre a decisão do STF no HC 84078 em 2009 e a decisão da suprema corte no HC 126.292 em 2016, cabe acrescentar que essas decisões divergentes geram uma instabilidade jurisprudencial criando uma situação indesejável de insegurança jurídica. Assim, a Proposta de Emenda à Constituição, segundo Alex, resolve essa problemática estabilizando as tratativas normativas e atribuindo maior proteção e confiança a sociedade.

Em novembro de 2019, houve uma reunião para a votação da PEC 410/18 na Câmara do Deputados. 108 deputados se inscreveram para falar sendo que apenas 43 falaram em 12 horas de reunião. Era de se esperar que a proposta fosse votada na semana seguinte pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Alex escreveu, inclusive, um texto alternativo que define a segunda instância como trânsito julgado em um processo mas, a PEC acabou por ser arquivada nos termos do inciso I do art. 54, combinado com o § 4º do art. 58 e com § 1º do art. 202, todos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD[31] (Parecer pela Inadmissibilidade)

Com os trabalhos paralisados em 2021, em virtude da pandemia, foi revivida uma nova batalha sobre o assunto com a reabertura da comissão e novas audiências públicas devam ser realizadas com especialistas sobre o tema e a expectativa era de que ainda no mês de maio desse ano o relatório fosse lido e enviado ao plenário. O deputado, autor da PEC 410/18, pediu, inclusive, o engajamento da população através das redes sociais.

5 CONCLUSÃO

Preliminarmente, foi possível perceber que existe um confronto entre o princípio da Presunção da Inocência com o princípio da efetividade do processo. O princípio da Presunção da Inocência quando se colide com o princípio da Efetividade do Processo devem ser harmonizados e buscar um mecanismo para que um não elimine o outro e não torne do processo sem efetividade.

Determinar a prisão provisória do acusado que está respondendo ao processo penal, não caracteriza violação do princípio da Presunção da Inocência conforme jurisprudências das cortes superiores nesse trabalho apresentadas.

O princípio da Presunção da Inocência que trata a Constituição Federal do Brasil possui divergência entre a liberdade individual e a aplicação da lei processual penal. Uma vez cumpridos os pressupostos presentes no Código de Processo Penal não há o que se falar em violação ao princípio da Presunção da Inocência.

Fato é que a morosidade do processo penal em virtude da aplicação de recursos faz com que a execução da pena demore para ocorrer. O Excesso da aplicação de recursos protelatórios é uma afronta para o andamento processual e acaba por favorecer aqueles que possuem condições de arcar com as custas processuais. Modificações são necessárias para o aceleração das fases processuais e para que a sensação de impunidade no Brasil deixe de existir. E para isso é desejável que a discussão sobre a legalidade da prisão em segunda instância seja retomada em prol da segurança pública e econômica do país bem como da preservação do curso do processo penal.

6 REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 2ªed. Florianópolis: 1996. P.21

DHNET – **Código de Hamurabi**. Disponível em
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora: Ridendo Castigat Mores IN, 1764.
Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Editora: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Vol 1. São Paulo. Editora: Atlas, 2007. P.250

PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

JUS.COM.BR – **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92338/a-declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-de-1789#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20Revolu%C3%A7%C3%A3o%20Francesa%20em,%E2%80%9Cexpress%C3%A3o%20da%20vontade%20geral%E2%80%9D.&text=Ela%20define%20direitos%20naturais%20e,e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o.>

VADE MECUM. Saraiva, 2017 – P.173; P.218; P.220; P.222; P.224

MORAIS, Alexandre. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Ed. 45ª. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. Ed.17ª. São Paulo: Editora: Saraiva Jur, 2020.

LENZA, **Pedro**. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. 21. São Paulo: Editora: Saraiva, 2017.

Jus.com.br - **Prisão em 2ª Instância. Presunção de inocência ou efetividade da justiça criminal**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65372/prisao-em-2-instancia-presuncao-de-inocencia-ou-efetividade-da-justica-criminal>

CARVALHO RIBEIRO, Paulo. **O Princípio da Presunção de Inocência e Sua Conformidade Constitucional**. Ed.1º. Santa Catarina: Editora Clube de Autores, 2019.

QUIRINO, Tainara. **Presunção de Inocência no Supremo Tribunal Federal: Mudanças de paradigmas**. Ed.1º. São Paulo: Editora Meraki, 2019.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 2ºed. Florianópolis: 1996. P.21

[2] CÓDIGO DE HAMURABI. Código de leis criado para padronizar as ações do rei Hamurabi, estipulando direitos e deveres para a população e facilitando sua administração

[3] **DRÁCON**. Drácon foi o primeiro legislador ateniense, e substituiu o sistema de leis orais por um código escrito a ser utilizado por tribunais. Ele foi eleito, por volta do ano 620 A.C., pelos cidadãos atenienses para essa tarefa.

[4] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora: Ridendo Castigat Mores IN, 1764. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>

[5] MIRABETE, Julio Fabrrini. **Manual de Direito Penal**. Vol 1. São Paulo. Editora: Atlas, 2007. P.250

[6] MORAIS, Alexandre. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Ed. 45º. São Paulo: Editora Atlas, 2018

[7] PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

[8] PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

[9] **FUMUS COMISSI DELICTI**. Comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

[10] **PERICULUM LIBERTATIS**. Perigo gerado pelo estado de liberdade.

[11] GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Editora: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>

[12] PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

[13] JUS.COM.BR – Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92338/a-declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-de-1789#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20Revolu%C3%A7%C3%A3o%20Francesa%20em,%E2%80%9Cexpress%C3%A3o%20da%20vontade%20geral%E2%80%9D.&text=Ela%20define%20direitos%20%22naturais%20e,e%20a%20resist%C3%Aancia%20%C3%A0%20opress%C3%A3o.>

[14] PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

[15] PLANALTO.GOV.BR - **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

[16] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. 21. São Paulo: Editora: Saraiva, 2017.

[17] JUSBRASIL - **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre :HABEAS CORPUS: HC 84078 MG**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>

[18] JUSBRASIL - **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre :HABEAS CORPUS: HC 84078 MG**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>

[19] JUSBRASIL - **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre :HABEAS CORPUS: HC 84078 MG**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>

[20] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[21] JUSBRASIL - **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre :HABEAS CORPUS: HC 84078 MG**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>

[22] JUSBRASIL - **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre :HABEAS CORPUS: HC 84078 MG.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>

[23] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 126.292 São Paulo.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[24] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 126.292 São Paulo.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[25] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 126.292 São Paulo.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[26] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Habeas Corpus 126.292 São Paulo.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[27] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>

[28] CÂMARA DOS DEPUTADOS – **PEC 15/2011.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498983>

[29] JUSBRASIL - **juízo Histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância.** Disponível em: <https://camilavazvaz.jusbrasil.com.br/noticias/305959621/julgamento-historico-stf-muda-jurisprudencia-e-permite-prisao-a-partir-da-decisao-de-segunda-instancia#:~:text=O%20Ordem%20pontuou%20que%20a,no%20Supremo%20ela%20iria%20prosperar.>

[30] CÂMARA DOS DEPUTADOS – **PEC 410/2018.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>

[31] CÂMARA DOS DEPUTADOS – **Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>

A MONOGAMIA, O POLIAMOR E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA: A FALTA DE ISONOMIA ENTRE RELACIONAMENTOS MONOGÂMICOS E NÃO MONOGÂMICOS

ELIZÂNGELA DE OLIVEIRA QUEIROZ:
Graduada em Direito pela Fаметro (Faculdade metropolitana de Manaus)²⁹.

RESUMO: A monogamia é atual paradigma do direito de família adotado pelo ordenamento jurídico, que orienta para a aplicação da lei. Este modelo de relacionamento, apesar de ser uma regra para o ordenamento jurídico, não é o único, haja vista que existem também relacionamentos não monogâmicos, como o caso do poliamor, uma modalidade de relacionamento não monogâmico onde é possível aos envolvidos ter relacionamentos afetivos e sexuais com mais de um parceiro, desde que haja comum acordo entre as partes. Apesar de consensual, o poliamor – bem como outros modelos de relações não monogâmicas – é proibido pelo ordenamento jurídico, sendo comumente relacionado pelo senso comum à promiscuidade e a infidelidade, adjetivos pejorativos que advém da falta de conhecimento conceitual do poliamor. Portanto, o presente artigo objetivou investigar a existência de uma suposta falta de isonomia entre os relacionamentos monogâmicos e não monogâmicos dentro do ordenamento jurídico, enfatizando o poliamor. Deste modo, verificou-se que, apesar de uma relativização da monogamia ser possível, por conta do princípio da afetividade – visando a concessão de direitos as pessoas em uniões poliafetivas – dificilmente isto ocorrerá em tempos recentes, devido a jurisprudências e outros artifícios legais que aprovam a monogamia e mantem uniões poliafetivas sem os devidos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Monogamia, poliamor, direito de família.

ABSTRACT: Monogamy is the current paradigm of family law adopted by the legal system, which guides the application of the law. This relationship model, despite being a rule for the legal system, is not the only one, given that there are also non-monogamous relationships, as in the case of polyamory, a non-monogamous relationship modality where it is possible for those involved to have affective and sexual relationships with more than one partner if there is mutual agreement between the parties. Although consensual, polyamory – as well as other models of non-monogamous relationships – is prohibited by the legal system, being commonly related by common sense to promiscuity and infidelity, pejorative adjectives that come from the lack of conceptual knowledge of polyamory. Therefore, this article aimed to investigate the existence of a lack of isonomy between monogamous and non-monogamous relationships within the legal system, emphasizing

29 E-mail: eli.direito.queiroz@gmail.com

polyamory. Thus, it was found that, although a relativization of monogamy is possible, due to the principle of affectivity - aimed at granting rights to people in polyaffective unions - this will hardly occur in recent times, due to jurisprudence and other legal devices that they approve of monogamy and maintain polyaffective unions without due rights.

KEYWORDS: Monogamy, polyamory, family law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. POLIAFETIVIDADE: CONCEITO, HISTÓRIA E CULTURAS EM QUE É ADMITIDO – 3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A MENOR INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA – 4. MONOGAMIA, O POLIAMOR E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA: A RELATIVIZAÇÃO DA MONOGAMIA SERIA POSSIVEL? – 5. CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Atualmente a liberdade sexual e amorosa é muito evidenciada, haja vista que pensamentos mais liberais em relação a maneira que se conduz os relacionamentos são mais bem vistos pela sociedade em geral.

Ainda que não sejam realidade vivenciada por todos, os relacionamentos poliamorosos – aqueles em que há mais de duas pessoas envolvidas no relacionamento – são cada vez mais recorrentes na sociedade, podendo ser vistos vários julgados dentro do Direito de família com problemas jurídicos oriundos destas realidades distintas.

O direito brasileiro passou por inúmeras reformas no decorrer dos anos, principalmente em relação a mudanças nos critérios de reconhecimento de famílias. No entanto, sabe-se que ainda hoje há muita influência de paradigmas constantes em leis antigas, como é o caso do Código Civil de 1916, por exemplo.

A vigência do Código Civil de 1916 marcou todo o pensamento e a maneira de enxergar as pessoas, os diferentes, enquanto estava em vigência. Tal lei condenava relacionamentos familiares que fugissem a regra da monogamia e da família tida como “tradicional”: homem, mulher e filhos, uma vez que aqueles que não se enquadravam nessa moldura não tinham os direitos decorrentes da relação familiar.

Em virtude do princípio constitucional da igualdade, verificou-se uma antinomia: por que as relações monogâmicas são privilegiadas em detrimento das relações poligâmicas? Ainda que seja um tipo de relação adotado pela maioria, não deveria existir um privilégio em relação a outros tipos de formação de relacionamento e de família.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar as relações poligâmicas sob o fundamento constitucional do princípio da igualdade, do princípio da afetividade no

Direito de Família e a proibição de discriminação – também constitucional – em decorrência de convicções políticas ou filosóficas.

2. POLIAFETIVIDADE: CONCEITO, HISTÓRIA E CULTURAS EM QUE É ADMITIDO

As uniões poliafetivas não são novidade no Brasil e no mundo. Se trata de uma espécie de união que tem raízes na antiguidade e foi sendo reformulada a partir da própria mudança na cultura da humanidade.

Atualmente, Santos e Viegas (2017, p. 375) conceituam o poliamor como “um relacionamento não monogâmico em que as pessoas têm mais de um relacionamento íntimo, simultaneamente, com o conhecimento e o consentimento de todos os envolvidos”.

Porto (2017, p.15) explica que o poliamor pode ter ou não envolvimento multiconjugais. É que as uniões poliamorosas também podem constituir namoro, sem o *intuito familiae*:

De um modo geral, o poliamor pode ser explicado como o tipo de relacionamento afetivo em que as pessoas envolvidas abdicam consensualmente da exclusividade imposta pela fidelidade monogâmica, permitindo-se, assim, estabelecer múltiplas e concomitantes relações que não possuem cariz meramente sexual, mas implicam também em outro nível de comprometimento, com envolvimento emocional. Esse nível de compromisso nem sempre acarretará a caracterização de uma multiconjugalidade, uma vez que as relações de poliamor podem se enquadrar no perfil do namoro, sem o *intuiu familiae*, por exemplo, não produzindo efeitos que interessam ao reconhecimento e à regulamentação pelo Direito de Família (...)

Dessa maneira, os indivíduos adeptos a este tipo de relacionamento teriam, para Santos e Viegas (2017, p. 375) “múltiplas relações afetivas, normalmente, com envolvimento profundo”.

Segundo Porto (2017, p. 39-40), os relacionamentos poliafetivos são muito antigos, uma vez que havia, entre o homem primitivo, a tolerância de relacionamentos entre várias pessoas no mesmo grupo:

A família punaluana também passou a indicar graus de parentesco em relação a sobrinhos e sobrinhas e primos e primas, dada a vedação das uniões sexuais entre irmãos e irmãs, além de conviver

no regime de casamentos por grupos, configurando a poligamia. O casamento por grupos caracterizava-se pela união por pares e pela durabilidade mais ou menos longa; de maneira geral, o homem possuía, entre as muitas mulheres, uma mulher principal e também representava para ela o marido principal entre os demais homens. A tolerância recíproca e a ausência de ciúmes seriam condições para esses casamentos, em que grupos inteiros de homens e de mulheres se possuíam mutuamente. (...)

A tolerância a poligamia, no entanto, foi sendo alterada na antiguidade aos poucos devido a consolidação de uniões por pares baseadas em certos costumes:

(...) Na medida em que a *gens* se desenvolvia, tornando mais numerosas as classes de irmãos e irmãs impossibilitados de casar entre si, as uniões por pares baseadas em certos costumes começaram a se consolidar, até o ponto, contudo, do crescente emaranhado de proibições de casamento inviabilizar essa modalidade de união conjugal. (PORTO, 2017, p. 40)

Mais à frente na história, tem-se a família patriarcal grega, que se pautava pela religiosidade e utilizava-se das uniões como uma espécie de propagador das religiões de cada família. Para Porto (2017, p. 46), as relações gregas não uniam necessariamente pessoas que se amavam, mas eram uniões que presavam pela conveniência do *pater familiae*:

O casamento e a procriação firmavam, enfim, elos necessários a propagação da religiosidade e à continuidade da própria família, reforçando os liames intrínsecos entre religião e família, pois a religião que regia cada família exigia a perpetuação de gerações, sendo difundida a ideia de que “[...] uma família que se extingue é um culto que morre” (COULANGES, 1961, p.71) Acrescente-se que a finalidade do casamento não era unir duas pessoas que se amavam, mas “[...] unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto” (COULANGES, 1961, p. 73). Além do casamento, foi a religião que também respaldou a autoridade do *pater familiae*; a origem desse poder-direito que o chefe da família exercia enquanto sacerdote supremo condutor da religião doméstica, como senhor da propriedade onde a família residia e exercitava suas crenças e ainda como magistrado, gozando do direito de dispor das vidas daqueles que se achavam sob sua dependência, não viria, segundo Coulanges (1961), da superioridade

de forças do marido sobre a mulher ou do pai sobre os filhos, mas sobretudo da religião

Conclui Porto (2017, p. 47) que a família antiga se difere da família moderna e contemporânea por conta da estrutura familiar, que mais lembrava a composição de uma espécie de Estado soberano, uma vez que todos aqueles que estivessem ligados ao *pater familiae*, desde esposas, filhos, netos, bisnetos, adotados, noras e até mesmo escravos, se encontravam sob a autoridade soberana do *pater familiae*:

Nesse ponto, pode-se afirmar que a família antiga, diferentemente da moderna, assentada de forma predominante em vínculos sanguíneos e matrimoniais, e da contemporânea, cuja afetividade é elo mais sobressalente, aproximava-se bastante da estrutura típica de um Estado soberano, compreendendo todas as pessoas – esposas, filhos, netos, bisnetos, adotados, noras e até escravos – que se encontravam sob uma mesma autoridade soberana: a do *pater familiae*. Varela (1996) salienta que as pessoas não pertenciam simultaneamente à família materna e à paterna, pertencendo apenas à família paterna, que era a que estava sob a autoridade do *pater*, destaca, ainda, que a organização familiar romana pautava-se nessa relação discricionária do *pater familiae* com seus familiares – verdadeiros súditos – espelhando o caráter eminentemente individualista da sociedade romana, que se refletia na concepção do próprio casamento. Esse paradigma de submissão da família antiga romana ao domínio, ao governo e à gestão do *pater familiae* refletia seu acentuado caráter político, resultando daí a analogia entre sua organização e a do Estado.

Aos poucos, a família foi tendo sua composição alterada: as famílias não seriam mais um aglomerado de pessoas que dariam poder praticamente ilimitado ao *pater familiae*: seriam, a partir daqui comunidades menores formadas pelo casal e seus filhos.

A partir da Idade Média, com a crescente expansão do Cristianismo e outros acontecimentos marcantes como a queda do feudalismo e as invasões bárbaras, houve o início de uma nova formação familiar.

A expansão do cristianismo, em especial do catolicismo, fez com que inúmeros impactos fossem sentidos no âmbito do direito de família.

Porto (2017, p. 53) argumenta que muitos foram os resquícios do Direito Canônico foram deixados no Direito de Família. Entre eles, cita-se a regulamentação do casamento,

a condenação do concubinato e outros. Todo o direito de família, para a autora, revela influências cristãs:

A estrutura familiar fundada na autoridade patriarcal perdurou até os tempos modernos, embora as posições mais favoráveis ao papel feminino tenham sido plantadas com o cristianismo. Dentre as heranças do Direito Canônico para a estruturação jurídica da família, destacam-se: a regulamentação do casamento (celebração solene, impedimentos matrimoniais, a nulidade, a reciprocidade de direitos e deveres entre cônjuges etc.); o pátrio poder como *officium pietatis*, que deveria ser exercido com benignidade e não com atrocidade, em nome de Deus e pelo bem dos filhos; a condenação do concubinato; e o instituto da separação de corpos, apenas para citar alguns.

Na verdade, todo o Direito de Família revela, em suas principais regras, influências cristãs. No intuito de moralização dos costumes, pela via da sacralização familiar (condenando o divórcio, o adultério e as relações concubinárias, por exemplo), a Igreja "com seus ensinamentos papais e conciliares tenta impor esse modelo na sociedade medieval" (PÉREZ, 2011, p. 72, tradução nossa), instituindo seus ditames para estruturar

Mais à frente na história, a família moderna teve como um dos principais marcos o processo da emancipação feminina, ocorrida principalmente a partir da exploração da mulher no trabalho fabril.

Para Porto (2017, p. 75) a família pós-moderna – também conhecida por família atual, por fim, tem uma diferença em relação as famílias anteriores, que é a reivindicação pela família poliamorosa, no sentido de defesa de ideais como a igualdade, o consenso, a independência e a diversidade sexual:

As famílias poliafetivas não são exatamente uma novidade da era contemporânea, existindo desde tempos remotos nas sociedades praticantes da poligamia e mesmo nas monogâmicas que admitem excepcionalmente vínculos afetivos concomitantes, como um casamento e uma união estável, ou duas ou mais uniões estáveis simultâneas, com ou sem a ciência dos integrantes, conforme digressões do capítulo quatro. A diferença notável entre os tempos de outrora e a fase pós-moderna é que a reivindicação pela família poliamorosa exsurge em contexto de mudanças na moral social e de maior igualdade, consenso, independência e diversidade sexuais, de maneira que é impossível enquadrar essa realidade no mesmo perfil

de relacionamentos poligâmicos mais “ortodoxos”, pautados pela dominação masculina e a subjugação feminina, por exemplo.

3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A MENOR INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da menor intervenção do Estado no Direito de Família e o princípio da afetividade são uns dos princípios mais importantes, vez que muito do direito de família atual tem por influência os dois referidos princípios.

Para Tartuce (2012) “tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral”

O princípio da afetividade é definido por Nunes (2014, n.p.) como um princípio que tem por base a ternura, a dedicação tutorial e as paixões naturais. A autora explica que este princípio não possui previsão legal específica na legislação pátria; apesar disto, sua existência se baseia a partir da interpretação de outros princípios, tais como o princípio da proteção integral e o princípio da dignidade da pessoa humana:

O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma aprazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa. Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil.

Pessanha (2011), por sua vez, entende que o afeto não se trata apenas de um laço que envolve os integrantes de uma família, mas sim um laço que envolve pessoas e que tem a finalidade de garantir felicidade a todos os envolvidos. A autora argumenta que o afeto é o princípio norteador das famílias contemporâneas e que atualmente as famílias não se justificam sem o afeto, haja vista que este é elemento formador e estruturador da família:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma só família, mas um laço que une pessoas com a finalidade de garantir à felicidade de todas as pessoas pertencentes aquele meio, ocasionando, assim, o norte de cada família, já que a afetividade é como princípio norteador das famílias contemporâneas. A família, na atualidade, não se justifica sem a existência do afeto, pois é elementos formador e estruturador das entidades familiares. Desta maneira, a família é uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo todas as espécies de vínculos ancorados no afeto terem a proteção do Estado.

O princípio da menor intervenção do Estado na família, por sua vez, é defendido por Assis (2018, n.p.) como um princípio que também não é expresso positivamente, extraído pela inteligência do art. 1513 do Código Civil de 2002:

Assim nasce o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, que apesar de não estar expressamente positivado, pode ser inferido principalmente pelo artigo 1513 do Código Civil em vigor, que aduz ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Lanfredi (2018), por sua vez, entende que apesar de o Estado ser de importância inegável a sociedade, as transformações sociais fizeram com que a necessidade de influência direta do Estado fosse ressignificado, uma vez que a família é constituída pelo afeto e, desta maneira, suas atitudes deveriam ser respeitadas, uma vez que se trata de legítimo exercício de liberdade individual. Assim, o princípio do Direito Mínimo – ou da intervenção mínima do Estado na família – passou a vigorar:

O Estado sempre desempenhou papel de suma importância perante a sociedade, determinando e moldando a forma com que está e as relações ali firmadas se desenvolveriam. Por um longo período foi reconhecido como um ente hierárquico supremo, onde todas as decisões emanadas sofreriam com a sua chancela e consequente intervenção.

No entanto, com a ocorrência de determinadas transformações sociais, principalmente aqueles referentes a forma de constituição familiar, o papel estatal foi ressignificado. Isto porque, como a família passou a ser permeada pelo afeto, as atitudes ali tomadas deveriam ser respeitadas, em razão de serem a mais pura e verdadeira manifestação de vontade do indivíduo.

Dessa forma, o Estado, até então máximo e soberano, passou a ter o seu poder de atuação restrito e limitado, de modo que o princípio do Direito Mínimo passou a vigorar nas relações interpessoais e enaltecer, por consequência, o preceito da autonomia privada dos sujeitos de direito.

4. MONOGAMIA, O POLIAMOR E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA: A RELATIVIZAÇÃO DA MONOGAMIA SERIA POSSÍVEL?

O reconhecimento de outros tipos de família – como a possibilidade do reconhecimento da união estável, por exemplo - dado pela Constituição Federal de 1998, fez com que o direito atuasse cada vez mais de forma plural, tentando acolher e compreender as novas possibilidades de formações de família existentes.

No âmbito do direito civil, houve avanços em relação ao reconhecimento de novos tipos de família foi com o advento do Código Civil vigente, a partir de 2002. O novo Código Civil – que acolheu as disposições relativas a direitos humanos que a Constituição Federal trouxe – teve muitas inovações que foram muito interessantes do ponto de vista familiar.

Hoje, ainda se figura o paradigma da monogamia nas relações, com consequências cíveis e criminais para a parte que tentar se casar estando impedido (já sendo casado). Para isso, existe o crime de bigamia no Código Penal.

Antes de desconstruir o conceito da bigamia, que será realizada no decorrer do artigo científico, precisamos fazer algumas reflexões com relação aos conceitos aqui trabalhados.

Sobre o princípio da afetividade nas relações, Nunes (2014) esclarece que ele não é um princípio exposto na Constituição Federal de 1988, se tratando de uma construção doutrinária a partir da interpretação de vários outros princípios que regem o direito de família:

o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil

Com relação as relações poliafetivas e ao poliamor, é necessário que compreendamos os seus significados e seus impactos nas vidas daqueles que escolhem

essa modalidade de se relacionar e formar sua família. Para isso, contaremos com o auxílio de alguns autores que consigam elucidar melhor essa questão.

Cardin e Moraes (2018) entendem o poliamor como “a possibilidade de amar, sentir atração sexual e relacionar-se com mais de uma pessoa concomitantemente”. Podemos perceber, portanto, a amplitude deste conceito: não se trata apenas de algo carnal, de momento e transitório ou sem amor: o poliamor pode ser tão somente a possibilidade da atração sexual para com mais de uma pessoa como também a possibilidade de amar ou relacionar-se com mais de uma pessoa simultaneamente.

Costa e Belmino (2015) completam essa ideia ao afirmar que para as pessoas adeptas ao poliamor, o amor não deve ser um instrumento de exclusão do mundo e das pessoas, por isso não são adeptas ao ideal do amor monogâmico:

A filosofia adotada no poliamor considera que amar única e exclusivamente uma só pessoa pelo resto da vida é algo inconcebível, que o amor não deve excluir o mundo ou as pessoas. Assim, os indivíduos podem amar e ser amados por mais de uma pessoa simultaneamente; esta é a lógica que esta ideologia tenta defender (FREIRE, 2013). **Contudo, para que essa forma de relacionamento seja possível, seus adeptos tendem a cultivar princípios que são norteadores dessa prática, a saber: honestidade e consenso principalmente.** (gn)

Este tipo de relacionamento pode ser aberto ou fechado, a depender da combinação prévia entre os envolvidos na relação. Tal combinação, como decorre a própria palavra, envolve um acordo interno entre os envolvidos no relacionamento.

Ao partir dessa ideia de poliamor, Cardin e Moraes (2018) relacionam esse conceito com o de poliafetividade, que seria essa relação afetiva de mais de duas pessoas e afastando a poliafetividade e o poliamor da ideia de promiscuidade, que acabam sendo muito ligados a esse ideal por pessoas que desconhecem ou não compreendem essas novas formas de relacionamento:

A poliafetividade faz parte dessa variedade múltipla de inter-relações que compõe a sociedade contemporânea, e expressa de forma distinta que o sentimento é livre e pode ser manifestado de diversas maneiras.

O que não se confunde com nenhum tipo de promiscuidade, pois não se trata de procurar incessantemente por diversas experiências sexuais desvirtuadas, mas, sim, de manter total honestidade no seio

das relações, sendo que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem confortáveis com ela.

Ainda que a regra do ordenamento jurídico pátrio seja pela monogamia, a Constituição Federal proíbe qualquer tipo de discriminação. Joaquim (2006), ao analisar a igualdade e a discriminação, defende que a discriminação é conduta que viola direitos. Ocorre não somente por fatores como cor da pele, ou deficiência física, por exemplo, mas também por inúmeros outros fatores:

Discriminação – Diferentemente do preconceito, a discriminação depende de uma conduta ou ato (ação ou omissão), que resulta em viola direitos com base na raça, sexo, idade, estado civil, deficiência física ou mental, opção religiosa e outros. A Carta Constitucional de 1988 alargou as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no país. Algumas delas como, por exemplo, discriminação contra a mulher, discriminação contra a criança e o adolescente, discriminação contra o portador de deficiência, discriminação em razão da idade, ou seja, a discriminação contra o idoso, discriminação em razão de credo religioso, discriminação em virtude de convicções filosóficas e políticas, discriminação em função do tipo de trabalho, discriminação contra o estrangeiro e prática da discriminação, preconceito e racismo. A propósito, segundo o jurista constitucionalista José Afonso da Silva:

“A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2003, p. 222).

Seria a imposição da monogamia por parte do Estado uma espécie de discriminação para com as pessoas que decidiram viver suas vidas de maneira diferente da grande maioria da sociedade? Uma vez que a opção por um relacionamento poligâmico não diz respeito a outros além daqueles envolvidos na relação, por qual motivo o Estado adota tal postura discriminatória?

Em recente decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) optou pelo caminho discriminatório. Ao proibir que os cartórios brasileiros registrem as uniões poliafetivas, há o claro objetivo de proibir que essas pessoas tenham direitos garantidos, tais como os casais em relacionamentos monogâmicos (NOTÍCIAS CNJ, 2018)

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu, nesta terça-feira (26/6), que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável – herança ou previdenciários, por exemplo.

Ao negar a possibilidade de lavrar escrituras públicas de uniões poliafetivas, o próprio CNJ reconhece que estas pessoas não terão direito a benefícios previdenciários. Ainda que tal possibilidade tenha sido vetada pelo Conselho Nacional de Justiça, futuramente tal entendimento pode ser modificado, a partir da análise de outros magistrados:

Na decisão, o CNJ determina que as corregedorias-gerais de Justiça proibam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas. A decisão atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões, que acionou o CNJ contra dois cartórios de comarcas paulistas, em São Vicente e em Tupã, que teriam lavrados escrituras de uniões estáveis poliafetivas.

De acordo com o relator do processo, ministro João Otávio de Noronha, as competências do CNJ se limitam ao controle administrativo, não jurisdicional, conforme estabelecidas na Constituição Federal.

A emissão desse tipo de documento, de acordo com o ministro Noronha, não tem respaldo na legislação nem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece direitos a benefícios previdenciários, como pensões, e a herdeiros apenas em casos de associação por casamento ou união estável.

“(Nesse julgamento) eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico,

está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas. Um cartório não pode lavrar em escritura um ato ilícito como um assassinato, por exemplo”, afirmou o ministro Noronha. (NOTÍCIAS CNJ, 2018)

Haas (2021) sustenta que a ideia da monogamia inflexível não se justifica, uma vez que tal ideia remete-se a ideais preconceituosos pregados a muitos anos principalmente pela igreja católica, em que a monogamia, assim como a inexistência de divórcio, eram particularidades do casamento. A autora salienta, ainda, que tal proibição vinculava-se unicamente ao objetivo de resguardar o patrimônio:

Muito embora o casamento tenha deixado de ser o único meio de formação da família, a monogamia permanece sendo empregada com firmeza, inclusive pela jurisprudência (CAMELO, 2019, p. 120).

“Tradicionalmente, a monogamia foi definida como sendo a condição daquele indivíduo que se relaciona afetiva e sexualmente com apenas um parceiro durante toda a sua vida.” (PAMPLONA FILHO, 2019, p. 55).

A igreja influenciou na concretização da monogamia, incutindo na sociedade a ideia de que monogamia e indissolubilidade do matrimônio eram decorrentes da própria união, fomentando o preconceito em relação às outras modalidades de relacionamento, tudo isso para proteger o patrimônio familiar (CAMELO, 2019, p. 120).

A monogamia não é um princípio, mas sim regra proibitiva da manutenção de dois casamentos concomitantemente (DIAS, 2020, p. 60).

Uma vez que o reconhecimento de união poliafetiva não feriria a ideia de manutenção de apenas um casamento, não se vislumbra a necessidade de manutenção de tal proibição, principalmente levando em consideração a existência da importância da existência do princípio da afetividade para o direito de família pátrio.

Dias (2015) entende que a negação a existência de famílias poliafetivas implica justamente na exclusão de todos os direitos relativos à área de família e sucessões a esse tipo de união:

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de

um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

Dias (2015) sustenta que o preconceito oriundo do medo de rejeição é que ocasiona a postura de reprovabilidade deste tipo de formação de família:

Claro que justificativas não faltam a quem quer negar efeitos jurídicos à escritura levada a efeito. A alegação primeira é afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade - com certeza, rejeição que decorre muito mais do medo das próprias fantasias. O fato é que descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e muito menos subtrair qualquer seqüela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes.

Por fim, Dias (2015) demonstra-se favorável a união poliafetiva, desde que haja a livre manifestação de vontade de todos os envolvidos em uma relação vivia a três. Ao comentar um caso registrado por um cartório de união poliafetiva, a autora entende que, na sua concepção, o fato de se manifestarem pelo desejo da escritura pública para atestar a união apenas reflete que houve o consentimento de todos os envolvidos e a boa-fé dos seus participantes:

Há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários. Nada afeta a validade da escritura. Tivessem eles firmado dois ou três instrumentos declaratórios de uniões dúplices, a justiça não poderia eleger um dos relacionamentos como válido e negar a existência das demais manifestações. Não se poderia falar em adultério para reconhecer, por exemplo, a anulabilidade das doações promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC 5 5 0) ou a revogabilidade das transferências de bens feitas ao concubino (CC, 1 642 V).

Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de as pessoas viverem com quem desejarem

5. CONCLUSÃO

A monogamia é atual paradigma do direito de família adotado pelo ordenamento jurídico, que orienta para a aplicação da lei. Ocorre que este modelo de relacionamento, apesar de ser uma regra para o ordenamento jurídico, não é o único modelo de relação existe e é adotada por todos, haja vista que existem relacionamentos monogâmicos e não monogâmicos.

No caso do poliamor, temos uma modalidade de relacionamento não monogâmico onde é possível que os envolvidos tenham relacionamentos afetivos e sexuais com mais de um parceiro, desde que com o pleno consentimento de todos os envolvidos.

Apesar de contar com o consentimento dos envolvidos, o poliamor – assim como outros tipos de relacionamentos não monogâmicos – é proibido pelo ordenamento jurídico, muitas vezes sendo relacionado pelo senso comum à promiscuidade e a infidelidade, adjetivos claramente pejorativos que advém da falta de conhecimento a respeito dessa modalidade de relacionamento.

Nesse sentido, o presente trabalho teve por objetivo investigar se existe uma suposta falta de isonomia entre os relacionamentos monogâmicos e não monogâmicos dentro do ordenamento jurídico, em especial o caso do poliamor

O presente trabalho verificou que, apesar de uma relativização da monogamia ser possível, por conta do princípio da afetividade – visando a concessão de direitos as pessoas que se encontram em uniões poliafetivas – dificilmente o referido paradigma será relativizado em tempos recentes, devido a jurisprudências e outros artifícios legais que confirmam a monogamia e ainda mantem as uniões poliafetivas sem direitos que deveriam ter, tal qual as uniões monogâmicas, o que ocorre devido, em grande parte, à igualdade constitucional.

Outros princípios também podem ser citados no que diz respeito a possibilidade de mudança do paradigma da monogamia. Entre eles, estão o princípio da mínima intervenção do Estado na família, por exemplo.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda possui muitas restrições no Direito de Família devido, principalmente, a forte influência do Direito Canônico ainda exercida nos paradigmas atuais.

Tal influência do Direito Canônico na legislação de família brasileira pode ser explicada pelo fato de o Brasil ser um país majoritariamente cristão, o que faz com que o pensamento coletivo seja pautado principalmente por este fato.

É preciso pensar, no entanto, que as minorias – tais como as pessoas que assumem relacionamentos poliafetivos – também devem ter seus direitos reconhecidos, principalmente levando em consideração que a liberdade e isonomias constitucionais existem e que tais relacionamentos, configurando a multiconjugalidade, só existiriam a partir da ciência de todos os indivíduos no momento do registro da união, como nos casos de caracterização da multiconjugalidade para fins de registro de união estável, aqueles em que existiria o *intuito familiae*.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Paula Alessandra Fernandes. **O princípio da mínima intervenção estatal no direito de família**. Universidade de Mogi das Cruzes. Mogi das Cruzes, SP, 2018. Disponível em: <https://paulaassis1996.jusbrasil.com.br/artigos/646844776/o-principio-da-minima-intervencao-estatal-no-direito-de-familia>. Acesso em: 29 de out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de nov. 2021.

CARDIN, V S G; MORAES, C A. Do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas como entidade familiar. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 18, n. 3, p. 975-992, setembro/dezembro 2018 - ISSN 1677-6402.

COSTA, T; BELMINO, M C. Poliamor: da institucionalização da monogamia à revolução sexual de Paul Goodman. **Revista IGT na Rede**, v. 12, nº 23, 2015. p. 424 – 442. Disponível em <http://www.igt.psc.br/ojs> ISSN: 1807-2526

DIAS, M B. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HAAS, M F. O reconhecimento das uniões poliafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos decorrentes da dissolução inter vivos. **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1645/O+reconhecimento+das+uniões+poliafetivas+pelo+ordenamento+jurídico+brasileiro+e+os+efeitos+decorrentes+da+dissolução+inter+vivos>. Acesso em: 15 de out. 2021.

JOAQUIM, N. Igualdade e discriminação. **DireitoNet**, 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2652/Igualdade-e-discriminacao>. Acesso em: 13 de nov. 2021.

LANFREDI, E. S. ; LIMA, R. R. . O Princípio da Autonomia Privada e da Mínima Intervenção Estatal à Luz do Direito de Família Contemporâneo. In: Conrado Paulino da Rosa; Delma Silveira Ibias; Liane Maria Busnello Thomé. (Org.). **Temas Atuais no Direito de Família e Sucessões**. 1ed.Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM/RS, 2018, v. 1, p. 70-86.

NARVAZ, M G; KOLLER, S H. **Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa**. *Psicol. Soc.* vol.18 no.1 Porto Alegre Jan./Apr. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822006000100007>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

NUNES, A R. Princípio da afetividade no direito de família. **Âmbito Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-130/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 11 de nov. 2021.

PORTO, Diuna. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12253/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 21 de out. 2021.

PESSANHA, Jackelline Fraga. Afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **ARPEN-SP**, 2011. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/noticia/15179>. Acesso em: 13 de nov. 2021.

SANTOS, Ana Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Poliamor: conceito, aplicação e efeitos**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS. Volume 12, n. 2, 2017. Disponível em: seer.ufrgs.br/ppgdlr. Acesso em: 28 de out. 2021.

TARTUCE, Flávio. O princípio da Afetividade no Direito de Família. **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em 15 de nov. 2021.

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS FRENTE AO ESCOPO PUNITIVISTA DO ESTADO

JULIE THAYTÊ SANTOS DOS SANTOS:
Bacharela em Direito do Centro
Universitário FAMETRO³⁰

RESUMO: A relação do Estado, sociedade e pais com o menor têm se tornado um problema social extremamente importante para o debate público, uma vez que, o jovem é a base da sociedade e cabe a todos zelar por uma sociedade garantidora desse desenvolvimento. Na medida em que a sociedade passa pelas dificuldades de reinserção do criminoso na sociedade, aumenta mais ainda a dificuldade de reinserção do menor infrator, nesse sentido, observa-se a necessidade de um olhar mais humano sobre menor infrator e as medidas socioeducativas aplicadas ao menor, mas não com caráter punitivo e sim com objetivo de reeducar o menor e inseri-lo em sociedade. Nesse sentido, observa-se que há um julgamento errôneo da sociedade sobre a custódia do menor e as medidas socioeducativas.

PALAVRA-CHAVE: menor infrator; medidas socioeducativas; reinserção do menor; proteção do menor.

ABSTRACT: The relationship of the State, society and parents with minors has become an extremely important social problem for public debate, since the youth is the basis of society and everyone is responsible for ensuring a society that guarantees this development. As society goes through the difficulties of reinserting the criminal into society, the difficulty of reinserting the minor offender increases even more. minor, but not with a punitive nature, but with the objective of re-educating the minor and inserting him into society. In this sense, it is observed that there is an erroneous judgment by society about the custody of the minor and the socio-educational measures.

KEYWORDS: minor offender; educational measures; reinsertion of the minor; protection of the minor.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação esta que tem a atual vigência através da lei 8069/90 que revogou o Código de Menores de 197, prevê medidas socioeducativas que possuem caráter sancionatório e pedagógico, ou seja, o objetivo deixa não é punição, mas visa a reeducação/ressocialização do menor infrator com o auxílio da pedagogia. Todas as garantias que são concedidas aos criminosos maiores de idade

³⁰ E-mail: juliethayte1@gmail.com

também são concedidas aos menores infratores tais quais: princípio da tipicidade, (art. 103 do ECA); o devido processo legal (art.110 e 111, incisos I a IV do ECA); gratuidade jurídica (art. 141, parágrafo 2º do ECA), entre outros.

As modalidades das medidas socioeducativas e suas aplicações estão fundamentadas no art. 112º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Obtendo a conceituação e fundamentação, traremos para a realidade os problemas e as possíveis soluções.

Em pesquisas gerais, tratando dos menores que são conduzidos a medida de internação, eles relatam que saem pior do que antes, há tortura e os ambientes são sujos. É necessário portanto que se tome alguma iniciativa no sentido de coibir o crime organizado e o tráfico de drogas dentro das unidades de internação já que esses se mostram mais um dos motivos de ineficácia da ressocialização dos jovens infratores, investindo em uma equipe própria para prevenção da prática desses crimes. Em todo país a situação da medida socioeducativa de internação não é diferente, o artigo 124 do referido estatuto diz quais são os direitos dos adolescentes enquanto privados de sua liberdade, percebe-se, no entanto, que na maioria dos casos, os internos não usufruem desses direitos e isso contribui para ineficácia na aplicação da medida de internação. Abaixo se encontram os exemplos de direitos que ao desenvolver dessa pesquisa comprovaram-se precários, não respeitados nas unidades de internação:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

V - ser tratado com respeito e dignidade;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

XI - receber escolarização e profissionalização;

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer:

A proposta inicial, para que se atinja a eficácia da aplicação das medidas socioeducativas, é a criação e funcionamento dos órgãos e estruturas destinadas à aplicação da internação para que sejam adequados e interligados com a ressocialização sociofamiliar. O jovem infrator não pode ser "jogado" em verdadeiras penitenciárias, isso somente faz com que eles incorporem os mesmos valores que um adulto em um presídio, contrariando o princípio da proteção especial contido na Declaração de Direitos do adolescente e ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas particularidades.

A ideia não é a de que os menores infratores sejam presos, mas sim de que sejam internados para que assim sejam ressocializados e reeducados, porém quando vão parar em institutos que se assemelham com presídios isso não ocorre, o instituto passa a ser, portanto, ineficaz. A construção de ambientes deve favorecer a ressocialização do infrator possuindo área de lazer, quartos com um mínimo de conforto e não pode haver superlotação.

Para tanto, vamos expor durante o trabalho medidas que aplicadas juntamente a políticas públicas de reinserção do menor em sociedade, observa-se dentre as medidas socioeducativas, a liberdade assistida que constitui a medida eficaz, pois impõem aos familiares a corresponsabilidade na educação do menor com a família, tendo nela a oportunidade de reconstruir o seu percurso, sem ter que ficar privado da sua liberdade. É de suma importância seu acompanhamento pelo orientador que irá direcioná-lo a caminhos diferentes daqueles que o levaram a cometer o ato.

No regime de semiliberdade pode ser determinada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto, podendo o adolescente, entretanto, realizar atividades externas, independente de autorização judicial. São obrigatórias à escolarização e a profissionalização, a medida é restritiva de liberdade, assim como a internação, porém menos severa. A internação é uma medida socioeducativa aplicada aos adolescentes que cometem ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando houver reiteração no cometimento de outras infrações graves, e quando descumprir medida socioeducativa anteriormente imposta.

A pesquisa tem como objetivo principal uma melhor compreensão da situação das medidas socioeducativas no Brasil buscando-se assim a melhor forma de obter-se resultados positivos na aplicação das medidas socioeducativas de internação. Apontaremos as principais falhas que fazem com que haja ineficácia na aplicabilidade da medida socioeducativa de internação, medida essa a mais drástica de acordo com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação essa fundamental durante o estudo.

Nesse sentido, a pesquisa será realizada de forma indireta por meio de bibliografia de livros, artigos e doutrina, buscando uma análise objetiva da situação do menor frente o atual cenário de desconhecimento da sociedade acerca da situação do menor.

1. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFANTOJUVENIL NO BRASIL

A evolução jurídica do Brasil enquanto situações afetas as crianças e adolescentes tem um histórico de legislações que se modificaram no tempo aprimorando os aspectos protecionistas dessas legislações.

Primeiramente, destaca-se que as constituições anteriores pouco falavam sobre a situação dos menores, responsabilidade dos pais e do Estado, ou seja, sua aplicabilidade dependia muito da política pública voltada para assistir os menores em situação de vulnerabilidade.

A par disso, a partir do século XX legislações foram adotadas voltadas ao aprimoramento e desenvolvimento dos direitos dos menores e adolescentes, nesse sentido, foi promulgada o Decreto nº 17-943-A, considerado por muitos o primeiro código de menores, que consolidou legislações sobre direitos dos menores.

Foi importantíssimo no início do século XX que a discussão sobre direitos das crianças e adolescentes fosse tratada no âmbito jurídico, considerando que anteriormente a isso o cumprimento de penas por crimes era desumano, degradante e que impossibilitava e havia uma discussão quanto ao discernimento do menor para cometer o crime.

Essa discussão só evoluiu a partir da compreensão da sociedade acerca da importância da racionalização das penas, teoria defendida por Beccaria, em sua obra dos "Dos delitos e das penas", quando em sua obra discute a racionalização das penas, a compreensão de que a pena deve ser graduada a partir da conduta e do delito.

Com isso, o Brasil até então preocupado com a instituição família, mas pouco desenvolvimento em proteção infanto-juvenil passou a procurar meios para implementar uma política de reeducação para o menor.

Com o advento do Código Penal de 1940, foi definido o início da capacidade do adolescente de responder por crimes comuns e contravenções penais, conforme ficou disposto no art. 27, do CP, que estabeleceu a idade mínima para imputabilidade penal aos maiores 18 anos.

Percebe-se por todo exposto que a legislação não levou em consideração as circunstâncias em que o crime é cometido, nem mesmo a gravidade da conduta do agente, ficou estabelecido um marco temporal para definir o grau mínimo de consciência do agente a partir de sua idade.

Posto isso, percebe-se que a legislação penal brasileira há décadas tem se desenvolvido em conformidade com o entendimento mundial de proteção aos menores, mesmo diante de casos em que o crime é bárbaro.

Partindo da definição jurídica para responsabilização do menor, o Estado começou a discutir as formas de aplicação das medidas aos menores que cometessem crimes, mais detidamente como faria para impor medidas de caráter mais pedagógico, que trouxesse aquele jovem infrator para vida em sociedade.

Nesse sentido, após essa definição de faixa etária para responder a processo criminal a discussão foi transferida para os meios em que se daria essa aplicação de medidas de segurança aos menores, posto que, em outras experiências passadas as casas de recolhimento de jovens e crianças se tornaram verdadeiras escolas para que esses jovens voltassem a criminalidade.

Após, foi promulgada a Decreto-Lei 6.026, de novembro de 1943, alterou o então vigente Decreto 17.943-A, que trouxe como principal modificação os procedimentos a serem adotados no momento da apreensão do menor por cometimento de crime, adotou-se a necessidade de dividir em dois grupos os menores de 18 anos para tratar da sua necessidade de apreensão.

A referida lei obrigava o menor de 14 anos a ser apresentado imediatamente para autoridade judiciária no momento de sua apreensão para discussão quanto ao seu grau de periculosidade e a possibilidade do menor ficar sob a autoridade de pais e responsáveis, adotando a constrição da liberdade como ultima ratio, em consonância com o Código Penal.

Para os maiores de 14 e menores de 18 anos o procedimento era diferente, desde logo o adolescente era apresentado a autoridade competente onde a mesma verificava a situação do menor e o encaminhava para estabelecimento prisional compatível com a periculosidade do agente.

Nesses casos em que eram considerados perigosos os jovens eram expostos no mesmo ambiente que os adultos para cumprimento da pena.

Foi somente após o advento da constituição de 1988 que efetivamente o texto passou a tratar de questões relevantes a direitos das crianças e adolescentes, conforme disposto no artigo 228, da CF/88, determinando uma tarefa conjunta entre o Estado, Sociedade e família para desenvolvimento dos menores.

Com advento da constituição houve a necessidade de adequar a legislação vigente ao texto, uma vez que o próprio texto constitucional priorizou a proteção integral do menor, o que levou a elaboração de um novo estatuto das crianças e adolescentes em consonância com o texto constitucional.

Nesse sentido, foi publicado a Lei 8.069/90, conhecido como Estatuto das Crianças e Adolescentes, um importante marco na discussão do menor como ser direitos e deveres.

A partir dessa nova codificação o menor deixa de ser mero expectador de ações do Estado e passa a ser o individuo que pode cobrar por ações efetivas do Estado e da família para o seu desenvolvimento.

Outra importante inovação na legislação e a mudança da forma de tratamento da sociedade com o menor infrator, pela legislação ele deixe de ser considerado criminoso e passar a ser um infrator, não lhe sendo atribuída a condição de criminoso.

Toda essa preocupação serve para desenvolver uma politica mais humana para o jovem e o adolescente, mesmo aqueles que cometem crimes considerados hediondos pela legislação, como uma forma de criar um ambiente mais propicio ao retorno do menor para vida em sociedade do que o contrário.

1.1 Proteção Constitucional e Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente.

A partir da promulgação do texto constitucional de 1988 o Brasil passou a adotar uma nova política assistencialista de proteção integral ao menor e ao adolescentes, primeiramente passou a ser consagrado no texto constitucional o princípio da Dignidade Humana, previsto no art. 1, inciso III, da Constituição, *in verbis*.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Nesse sentido, explica Andre Ramos Tavares (2020/p.99) sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

“A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza”

Objetivando defender os direitos e garantias fundamentais do menor, o texto constitucional foi além e no artigo 227, definiu como prioridade por parte de toda sociedade o desenvolvimento do menor, dispondo sobre a obrigação de todos em fomentar uma política de desenvolvimento do menor, conforme dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Não obstante, a constituição também determinou em seus incisos que o Estado passe a adotar políticas voltadas ao desenvolvimento da criança e adolescente, conforme dispõe o art. 227, §1º, inciso I e II, da CF/88:

Art. 227. (...)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Nesse sentido, observa-se que houve uma clara mudança na política pública brasileira, correspondendo a uma intenção protecionista do Estado para preservar os direitos da criança e adolescente para que se crie uma rede de proteção em conjunto com toda sociedade e a família.

Ademais, o texto constitucional foi além, trouxe os pais e aqueles que exercem algum tipo de autoridade sobre os menores para assumirem o protagonismo da relação entre pais e filhos, conforme dispõe o Art. 229 "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme explicitado alhures, a lei 8.069/90, no art. 1º, em consonância com a Constituição de 1988, tratou de definir a proteção integral do menor como primazia na realização de política pública voltadas a proteção do menor e adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, foi considerado para muitos um marco legal no desenvolvimento da legislação sobre crianças, concatenado na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 28 de 1990, o referido tratado consubstancia a ideia a que o menor seja tratado como sujeito de direito e não como mera coisa.

Nesse sentido, imperioso destacar o ensinamento de Liberati, quem em sua obra destaca a mudança de conceituação do menor perante a legislação:

"O marco diferencial que consagrou o Estatuto da Criança e Adolescente foi a mudança do paradigma: antes se consideravam a criança como "objeto de medidas jurídicas e assistenciais"; agora, a criança e o adolescente são considerados "sujeitos de direitos",

devem ser respeitados na sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e gozam de prioridade no atendimento de seus direitos (2021/p. 49)

Importante destacar a definição trazida pelo Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 2º, que dispõe sobre a diferenciação entre o que se entenderia por criança e as a serem tomadas quando da sua constatação e dos adolescentes, conforme dispõe:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Observa-se que suma importância a definição jurídica dos grupos considerados mais vulneráveis e daqueles grupos considerados menos vulneráveis, uma vez que o menor até 12 anos sofre medidas de proteção, voltadas para o seu desenvolvimento e possibilidades futuras de reinserção social, diferente das medidas socioeducativas aplicadas aos maiores de 12 e menores de 18 anos que comete crime ou contravenção penal.

As medidas socioeducativas prevista no Estatuto da Criança e do adolescente, apensar de muitas vezes terem cunho de pena, impondo restrição da liberdade ao menor, quando aplicadas em conjunto com medidas educativas, desportivas e convivência social propiciariam uma reinserção do menor na sociedade, conforme explica Liberati (2021) em sua Obra, as medidas tem caráter pedagógico e tem como objetivo primordial a integração do jovem na família e na sociedade, reconstruindo valores soterrados pele sua conduta delituosa.

Ocorre que, as medidas socioeducativas não são aplicadas da forma prevista em lei e isso tem criado um ambiente de extrema dificuldade para reinserção dos menores em sociedade, observa-se que todo sistema vem se desenvolvendo tendo como eixo basilar o sistema pedagógico e familiar para educação do jovem, posto isso, observaremos ao logo do trabalho a importância dessas medidas, sua aplicação a custo reduzido para o Estado e sua importância para esse processo.

2.1 Princípios

A legislação que trata sobre a criança e o adolescente no Brasil é desenvolvida com um arcabouço próprio de princípios e normas que servem de base para interpretação das normas que o instituíram, nesse sentido, observa-se que foi criado um microsistema

jurídico para tratar desses assuntos, importante citar a feliz definição de microsistema trazido por Fernando Antônio:

“um conjunto organizado de normas, princípios e regras tendentes a expressar lógica e unidade às relações jurídicas de determinados grupos, minorias ou temas, abarcando normas de direito material e processual público e privado” (2014/p. 83).

Portanto, observa-se que o Estatuto tem um sistema próprio e voltado inteiramente para concretização de seus princípios, para melhor conceituar o que se entende por princípios, para José Afonso da Silva (2001/p.96) em sua obra observa que: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”

Após essa introdução necessária para definir o que é princípio para o ordenamento passamos a discorrer sobre os princípios que norteiam o ECA.

Conhecido por princípio da Prioridade absoluta, esse princípio é observado no texto constitucional no artigo 227, caput, da CF/88, quando discorre sobre a prioridade de todos em assegurar a criança e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde e afins, para assegurar-lhe um ambiente longe de negligência, discriminação, violência e exploração.

Esse princípio define a obrigação que todos devem ter no momento de discutir questões afetas a criança e adolescente, sempre que colocar em discussão questões pertinentes aos menores de 18 anos devem ser dadas primazia ao melhor interesse do menor.

Tratando-se agora do princípio do melhor interesse do menor, este princípio tem norteado as legislações pertinentes ao direito de família, notadamente quando se trata de guarda e pensão para os filhos, contudo, esse princípio tem aplicabilidade no Estatuto, uma vez que vai caber ao juiz analisar os casos envolvendo menores para se chegar a uma decisão de melhor atenda ao interesse do menor.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2014/p.35), o princípio da proteção integral previsto na CF/88 pode ser percebido como princípio do melhor interesse do menor, explica:

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*,

conforme reconhecido pela Convenção Internacional da Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

Portanto, tal princípio tem o condão de prestar assistência e subsídio ao intérprete para que seja interpretado da melhor forma possível as legislações pertinentes ao interesse do menor de 18 anos.

Por fim, cabe destacar o princípio da descentralização de ações, também conhecido como princípio da municipalização, tem por finalidade descentralizar ações de interesse de crianças e adolescentes para que todos os setores possam atuar para aumentar o escopo de atuação do Estado em face do interesse do menor.

O Eca em seu art. 88, inciso I, define como diretriz de política de atendimento a municipalização do atendimento primário ao menor.

Esse princípio é de suma importância para a aplicação de pena as crianças, uma vez que, a municipalização propicia uma atenção maior a cultura local de determinado povo evidenciando as condições locais as quais os jovens são expostos, uma vez que no Brasil, por sua extensão geográfica, existem peculiaridades locais que divergem do meio social comum, como início do trabalho do menor em áreas rurais, casamentos de jovens antes da maior idade e até mesmo crimes decorrentes das condições em são expostos, toda essa gama de fatores deve ser analisado no momento de aplicação de políticas públicas para crianças e adolescentes.

2.2 Medidas Socioeducativas

Previsto no art. 112 do ECA, as medidas socioeducativas visam traçar os meios em que o Magistrado, diante dos casos de crimes cometidos por adolescentes deve atuar para aplicar medidas restritivas a menores.

Conforme já explicado, as medidas socioeducativas não têm caráter sancionatório, mas visam prestar um serviço de reeducação e ressocialização do menor em conflito com a lei, e necessariamente reinseri-lo em sociedade.

Assim, dispõe o Eca em seu art. 112, as medidas socioeducativas a serem adotadas pelo magistrado, *in verbis*:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A advertência é considerada a medida menos gravosa dentre as medidas adotadas pelo magistrado, é basicamente uma audiência em que o magistrado se prestará a realizar uma forma de aconselhamento do menor para que o mesmo deixe de praticar determinado ato e informá-lo sobre as consequências jurídicas do seu comportamento, assim dispõe o art. 115, do ECA, "A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada".

Observa-se que o procedimento é formal e se presta a conscientizar o menor acerca dos seus direitos e suas responsabilidades.

No inciso II, observa-se que a lei prevê a possibilidade de reparar o dano causado a outrem, trata-se de uma medida de caráter personalíssimo, ou seja, deve ser realizado pelo menor quando praticar atos que ocasionam prejuízos de cunho material à vítima.

Assim dispõe o art. 116, da Lei 8.069/90:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Imperioso destacar que essa medida não é única e deve ser aplicada quando constatada sua possibilidade de ser aplicada, ou seja, quando o menor detém patrimônio para arcar com a reparação.

A prestação de serviço a comunidade, também é uma forma de reparação do dano, contudo, tal medida não visa necessariamente a reparação danosa, seu objetivo precípua é a conscientização do menor acerca da sua responsabilização por atos praticados e necessidade de respeito aos indivíduos da comunidade.

Contudo, é vedado no ordenamento jurídico qualquer forma de trabalho forçado, essa medida deve ser aplicada em concordância com o menor, e não pode ser superior a 6 meses e com limite de 8 horas semanais.

Previsto também no art. 112, do Eca, a medida de liberdade assistida é voltada para aprimoramento da relação do menor com a sociedade, sem que isso importe em restrição forçada da sua liberdade, essa medida é prevista no art. 118 e 119 do Eca, e é realizada por profissional que irá avaliar o comportamento do menor que será definido pelo juiz.

Outra medida que pode ser adotada é o regime de semiliberdade, que é idêntico ao modelo de regime semiaberto do preso, o jovem pode sair durante o dia para estudar, trabalhar e realizar atividade, mas deve retornar no período noturno para recolhimento, essa medida é adotada para jovens que cometem crimes graves na sua natureza e deve ser cumprida em estabelecimento diferenciado, uma vez que é o último passo para liberdade definitiva do menor.

A última das medidas e a mais gravosa é a que impõe internação do menor em estabelecimento educacional, essa medida é adotada quando o menor for apreendido por crime considerado grave, quando reiteradamente cometer crimes de natureza diversa, ou, quando descumprir reiteradamente e injustificadamente medidas anteriormente impostas, art. 122, do Eca, *in verbis*:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A medida não comportará prazo, contudo sua aplicação não poderá ser superior a 3 anos, essa medida poderá ser aplicada até no máximo os 21 anos de idade.

Contudo, imperioso destacar os princípios que norteiam a internação compulsória do menor: Princípio da brevidade; Princípio da Excepcionalidade; e Princípio do Respeito ao menor.

Todas essas medidas, são aplicadas posteriormente a um processo judicial em que é dado o contraditório e a ampla defesa, em cumprimento ao devido processo legal e sempre orientado por profissionais capacitados.

3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO, DA SOCIEDADE E DA FAMÍLIA NA EDUCAÇÃO DO MENOR.

Primeiramente, é de suma importância frisar as questões pertinentes a responsabilidade do Estado, da Sociedade e da família na formação do menor, nesse sentido, a CF/88, foi feliz ao consagrar no texto constitucional a responsabilização de todos para esse fim, impondo inclusive a autoridades competentes o dever de criar programas e fomentar a educação do menor.

Contudo, percebe-se que nos dias de hoje a política voltada a esse fim tem sido deixada de lado, posto que, a sociedade passou a ver o menor infrator, dentro do contexto social em que vive de poucas alternativas, como um criminoso irrecuperável, que deve ser afastado da sociedade para responder por seus atos.

Chegou-se até a discutir a redução da maioria penal para que os jovens possam responder como adultos por suas condutas.

Entretanto, observa-se, por todo exposto que o ordenamento jurídico brasileiro tem uma legislação muito moderna e em consonância com os tratados internacionais para tratamento do menor em situação delitiva.

Portanto, é possível analisar por essa breve pesquisa que o ordenamento jurídico brasileiro passou por várias modificações durante as décadas, passou de uma lei que regulamenta apenas os procedimentos para uma legislação forte, principiológica, com técnica de aplicação de suas medidas para reinserção do menor em sociedade.

Contudo, nos dias atuais ainda se discute penas mais severas aos menores, notadamente quando se confronta o aumento dos crimes graves sendo praticados por menores, obviamente para evitar aplicação de penas mais severas, contudo, tais medidas não irão diminuir ou frear o avanço da criminalidade por parte desses grupos.

Importante frisar, que nossa legislação tem todo um arcabouço normativo voltado para aplicação de medidas socioeducativas conforme demonstrado que, sendo aplicada de forma coerente e pedagógica diminuirá muito os índices atuais.

Posto isso, é necessário salientar que uma nova legislação voltada para diminuição da maior idade penal só irá criar mais bandidos em sociedade, uma vez que, o menor considerado criminoso iria ser inserido cada vez mais cedo no mundo da criminalidade.

Contudo, observa-se que a legislação aplicada atualmente prevê vários meios alternativos para recuperação do jovem em situação delitiva, todavia, essa recuperação só será possível se houver comprometimento de todos os agentes previstos no texto constitucional, principalmente a família como base para recuperação desses jovens.

Nesse sentido, resta claro que a legislação foi evoluindo com o passar dos anos para que o jovem delituoso fosse cada vez mais preparado durante o período em que está sob a proteção para que sua reinserção em sociedade fosse a mais natural possível, uma vez que, a recuperação daquele jovem propicia uma sociedade mais consciente e mais forte.

Posto isso, percebe-se que não se trata de falta de legislação apta a ressocialização e reinserção do menor em sociedade, o que existe é uma desvirtuação das medidas socioeducativas que visam auxiliar os jovens na sua reestruturação.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve objetivo fulcral contribuir para discussão acerca do melhoramento do sistema brasileiro de medidas socioeducativas praticadas no Brasil em consonância com as legislações internacionais e a constituição de 1988.

Percebe-se que houve um crescimento histórico da legislação e nas políticas públicas voltadas para o atendimento de crianças e adolescentes e situação de delinquência, considerando que, por muito tempo a legislação colocava o menor e situação de exposição a mais crimes e a impossibilidade de reinserção do menor em sociedade.

Observou-se por todo exposto que a legislação evolui junto com a sociedade, buscando sempre melhorar a relação do menor que comete crime com a sociedade, família e o Estado, políticas públicas foram inseridas objetivando auxiliar nessa tarefa para traçar meios que promovessem uma política assistencial voltada a recuperação do menor infrator.

Ademais, percebe-se que a legislação atual é protecionista, integradora e com vários métodos para auxiliar o menor na sua recuperação e reinserção na sociedade, portanto, entendemos que o meio para diminuir o quadro que encontra-se exposto é melhorar o sistema de assistencialismos existente, aumentar o número de profissionais que trabalham nesse sistema de reeducação do menor e garantir que seus direitos sejam mantidos, mesmo que em situação de delinquência ao qual se encontre.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática da Monografia para os Cursos de direito. 9º ed. São Paulo. Saraiva, 2011

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 25 de novembro de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 25 de novembro de 2021.

CERVO. Fernando António Sacchetim, "Codificação, descodificação e recodificação – do monossistema ao polissistema jurídico", Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, 58, 2014, pp. 80-86, em particular, p. 83. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26099622_CODIFICACAO_DESCODIFICACAO_E_RECODIFICACAO_DO_MONOSSISTEMA_AO_POLISSISTEMA_JURIDICO.aspx> (consultado em 25.01.2021).

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa é pena?**. São Paulo: Malheiros, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TARTUCE, Flavio. Direito Civil, v. 5: direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA OU DA CAPACIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL).³¹

Apesar de ainda existirem questionamentos por ala conservadora e classista da doutrina, é inegável que se conferiu ao Delegado de Polícia, como representante da Polícia Judiciária, a sua capacidade postulatória ou capacidade de representação para representar em juízo, favoravelmente a determinadas situações da investigação criminal, iniciada em sede policial.

O texto será permeado, partindo do pressuposto da imparcialidade e isenção que deve pairar sobre os atos da Autoridade Policial no exercício do seu *múnus*, dentro da atividade de polícia judiciária.

Ademais, o legislador ordinário claramente fez alusão às intervenções do Delegado de Polícia perante o Poder Judiciário, empregando a expressão “representar” (representação), devendo lembrar que não existem palavras inúteis no texto da lei.

Para ilustrar claramente nossas falas, trazemos a baila os textos legais que fazem referências expressas à representação policial deduzida pelo Delegado de Polícia.

O artigo 144, § 1º e § 4º da Constituição Federal preconizam que:

Art. 144. (...)

[...] § 1º - a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-

31 Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos. E-mail: juniorleitoadv@hotmail.com

se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Este dispositivo constitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Diga-se de passagem que, este dispositivo joga luz para todo o restante do ordenamento jurídico.

Concatenando as ideias, a Lei 12.830/2013 trouxe importante contemplação legal ao Delegado de Polícia, projetando a seguinte redação:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo **delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.**

§ 1º Ao **delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.**

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

Na esteira do que já foi sublinhado no plano constitucional, mas agora sob a ótica infralegal, este dispositivo infraconstitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Prosseguindo, temos o artigo 149, § 1º, do Código de Processo Penal que disciplina sobre a possibilidade de **representação** do Delegado de Polícia para que o investigado seja submetido a exame médico-legal quando houver dúvida sobre a integridade mental daquele, *in verbis*.

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. (Destaque Nosso)

Por sua vez, caminhando pelo diploma processual penal, deparamos com o artigo 282, caput, § 2º, do Código de Processo Penal, reputado por parcela da doutrina como o dispositivo de maior expressão na legislação ordinária referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia. Vejamos a disposição do dispositivo legal:

Art. 282 [...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no **curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial** ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

A despeito das discussões e do inteiro teor do dispositivo supralegal, com a superveniência do Pacote Anticrime, nota-se que majoritariamente, a posição tem sido de que o juiz de direito pela letra da lei, não pode mais decretar de ofício medida cautelar, mormente a prisão, revelando mais uma vez a importância de se discutir a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia.

No tocante à previsão abrigada no § 2º, do art. 282, do CPP, o doutrinador Paulo Rangel, defende a legitimidade da representação do delegado de polícia da seguinte maneira:

A lei se refere às “partes” e não há partes no inquérito policial e quando ela se refere à investigação criminal somente legitima a autoridade policial, através da representação, e o Ministério Público, através de requerimento (RANGEL, 2012).

Em tom de reforço a toda argumentação, referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, existe no seio do Código de Processo Penal, a possibilidade de prisão preventiva, em que o artigo 311 daquele diploma, autoriza a representação do Delegado de Polícia:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público,

do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo Nosso)

Há outras legislações extravagantes, para além do Código de Processo Penal, que expressamente legitimaram e deram capacidade ao Delegado de Polícia de buscar ao Poder Judiciário, através de medidas cautelares, por meio de representação policial.

Nesse prisma, a Lei nº 7.960/89 disciplina sobre a prisão temporária, fixando no artigo 2º que:

A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias [...] (Grifo Nosso)

Dando sequência, a Lei 9.296/96 que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas, estabeleceu claramente a possibilidade de a representação do Delegado de Polícia buscar o Poder Judiciário para a medida de interceptação, senão vejamos:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal [...].

Continuando as explanações, a Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha), também prevê a possibilidade de representação do Delegado de Polícia ao dispor em seu artigo 20 a possibilidade de representação pela prisão preventiva, *in verbis*:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. (Grifo Nosso)

Noutro quadrante, reforçando a possibilidade do delegado de polícia representar, a Lei 11.343/2006 capacitou ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela apreensão e outras medidas assecuratórias de bens às infrações penais contidas na legislação em tela. O artigo 60 da lei possui o seguinte texto:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou

valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (Grifo Nosso)

Dando continuidade às análises sobre a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, a lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), conferiu a possibilidade de representação da delegado de polícia para decretação de medidas assecuratórias em seu artigo 4º:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) (Grifo Nosso)

A Lei de Organização Criminosa contempla a possibilidade de representação policial pelo Delegado de Polícia para infiltração de agentes policiais, colaboração premiada (em que outros diplomas também preconizam), captação ambiental, ação controlada, interceptação de fluxos telemáticos, quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal (assim como em outros diplomas) dentre outras medidas.

Sabe-se que a legislação analisada até o momento não encerra todas as previsões da capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, porém, fica clara a opção do legislador em conferir tal prerrogativa ao Delegado de Polícia.

Em levantamentos realizados ao longo da construção do texto, não se tem notícia de qualquer decisão judicial que tenha apontado inconstitucionalidade dos referidos artigos de lei que preveem o exercício da capacidade postulatória ou capacidade de representação pela Autoridade Policial.

Enquanto o Delegado de Polícia “representa” (mira representação) ao Poder Judiciário, o promotor de justiça (ou procurador da república) vinculado ao Ministério Público “requer” (requerimento) determinadas medidas perante o Poder Judiciário.

No vernáculo “representar” consiste em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar,

designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar usando um termo.

Registramos que, a terminologia “representa” (representação) não foi utilizada inutilmente pelo legislador lá atrás quando da edificação do nosso Código de Processo Penal, porquanto a razão de ser, diz respeito pelo fato de o Delegado de Polícia não ser parte “interessada” na investigação dentro da ótica do direito processual penal, mas presidente da investigação que deve agir imparcialmente e de forma isenta.

Explicaremos melhor sobre o fato de o Delegado de Polícia não ser “parte” na investigação. Como se sabe, na moderna concepção investigativa, o Delegado de Polícia é o presidente da investigação e não tem interesse em atuar, em prol da parte investigada (suspeito/acusado/investigado) e nem em prol do Ministério Público (*dominis littis*), mas sim de buscar a verdade possível (antiga verdade real), com seus reflexos.

Deste modo, o *requerimento* dirigido e apresentado pelas partes em Juízo possui a acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação. Decorrência lógica desta acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação é de que nas hipóteses de indeferimento pelo órgão julgador, o interessado poderá interpor o recurso adequado nos termos da lei processual.

De outra banda, a “*representação*”, por não ter acepção de um pedido, pleito, postulação ou de solicitação, conforme já pontuado, acaba desdobrando numa provocação ou alerta qualificado da Autoridade Policial, pois somente as partes do processo pedem. À guisa deste raciocínio, a *representação* policial objetiva uma provocação, recomendação, sugestão, alerta qualificado ou advertência formal perante o Poder Judiciário para determinada medida inerente aos atos investigatórios. Em outras palavras, a “*representação*” colima em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar, designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar uma situação em Juízo.

Ao representar em juízo, o Delegado de Polícia apresenta faticamente e juridicamente a situação deduzida em juízo, procurando evidenciar a necessidade da decretação de uma medida cautelar, assecuratória ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável ao caso investigado, a fim de obter um provimento jurisdicional, sob a cláusula de reserva de jurisdição.

Nesta direção, o delegado de polícia, Francisco Sannini, alerta sobre a *capacidade postulatória imprópria* conferida ao Delegado e Polícia, *legitimatío propter officium*, ou

seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia, nos seguintes dizeres:

Em outras palavras, a representação caracteriza-se como um meio de provocação do Juiz, tirando-o da sua inércia e obrigando-o a se manifestar sobre alguma questão sujeita à reserva de jurisdição. Desse modo, levando-se em consideração que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, a representação serve de instrumento à preservação do próprio sistema acusatório. Trata-se, portanto, de um ato jurídico-administrativo de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira *capacidade postulatória imprópria*.

Advertimos, todavia, que, para a maioria da doutrina, a Autoridade Policial não dispõe de capacidade postulatória, uma vez que não teria legitimidade para recorrer no caso de indeferimento da medida representada (CUNHA; PINTO, 2014. Pp. 55-56). Com a devida vênia, discordamos frontalmente desse raciocínio. Ora, o fato de o Delegado de Polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância.

Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma *capacidade postulatória imprópria*, uma verdadeira *legitimitas propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia. A regra, de fato, é a de que as medidas cautelares sejam postuladas pelas partes. Contudo, nada impede que o legislador, do alto da sua soberania, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo (SANNINI NETO, 2015, p. 1, online).

Ainda sobre a capacidade postulatória conferida ao Delegado de Polícia lecionam os delegados de polícia, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Jr.:

Vale recordar que a capacidade postulatória do Delegado de Polícia é exercida via 'representação' e não simples 'requerimento', precisamente porque a Autoridade Policial não figura como parte na relação processual, funcionando como presidente imparcial da atividade de polícia judiciária (MORAES; PIMENTEL JR, 2018, p. 38-39).

Não podemos descurar de um movimento institucional ministerial, que procurou a todo custo esvaziar algo que o próprio legislador positivou, em prol da sociedade e dos

bens juridicamente tutelados (que foi outorgar ao Delegado de Polícia a prerrogativa de representar por medidas em juízo), tentando condicionar o agir da representação policial à aquiescência ministerial – o que se abraçada a tese, subverteria o sistema e equivaleria a deixar a sociedade, vítima e os bens jurídicos totalmente desguarnecidos.

Aliás, registramos respeitosamente que há uma divisão clara de tarefas fixadas constitucionalmente e, também, deve ser desvinculada qualquer relação principal-acessória defendida pela tese ministerial, a fim de querer condicionar o conhecimento e deferimento de representação do Delegado de Polícia, a aquiescência daquele *dominis littis*.

Verdadeiramente, não faz qualquer sentido no curso do inquérito policial retirar da esfera do Delegado de Polícia o entendimento de qual a medida a ser instrumentalizada para melhor aclarar a investigação, inclusive para a judicialização de medida cautelar de interceptação telefônica, captação ambiental, de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, dentre outras. Isso evidencia com clareza solar o acautelamento do próprio inquérito policial, com o acervo informativo e o acervo da prova produzida no seu âmago. Portanto, competirá ao Delegado de Polícia, por intermédio da representação policial, o ônus de demonstrar a necessidade e utilidade da medida judicializada mitigadora dos direitos do investigado/indiciado para que a mesma seja abraçada pelo juízo competente.

O delegado da polícia federal, Marcio Alberto Gomes Silva, aduz que

[...] diz o arcabouço legislativo pátrio é que o MP ofertará parecer no bojo das medidas cautelares quando estas forem representadas pelo delegado de polícia, mas este não vincula a autoridade judiciária, que poderá deferir o pleito, mesmo diante de parecer contrário do do[sic] autoridade ministerial (na linha do quanto decidido pelo STF no bojo da ADIN 5508). (SILVA, 2021, p. 473-475).

Todo este arrazoado demonstra que, a representação policial do Delegado de Polícia além de extrema importância na persecução penal, não está vinculada e nem condicionada respeitosamente à aquiescência ministerial.

Das considerações finais

Por fim, por todo o arrazoado, independente da natureza jurídica[1] a se atribuir a representação policial viabilizada pelo Delegado de Polícia, fato é que a mesma tem o condão de provocar o Poder Judiciário a emanar determinado provimento judicial, frente a uma investigação.

NOTA:

[1] Se estaríamos perante “capacidade postulatória imprópria” conferida ao Delegado e Polícia, *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia ou se estaríamos perante a “capacidade de representação” do Delegado de Polícia.

A SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE EXTINGUE CARGOS PÚBLICOS: O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA:

Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Oficiala de Justiça Avaliadora Federal³².

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo avaliar a subsistência do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público, diante da superveniência de lei que extingue o cargo público para o qual se deu a referida aprovação, a partir da verificação dos parâmetros a serem considerados no caso concreto. A temática foi abordada sob o prisma de uma reflexão pautada pelos direitos fundamentais dos cidadãos, pelos princípios que regem a Administração Pública e pela discricionariedade que lhe é cabível, finalizando-se com a devida análise pormenorizada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito às questões mais relevantes relacionadas ao assunto.

Palavras-chave: concurso público; nomeação; direitos fundamentais; interesse público; discricionariedade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fundamentos principiológicos do concurso público. 3. O interesse público. 4. A discricionariedade da Administração Pública. 5. A nomeação de candidatos aprovados em concurso público: 5.1. O direito subjetivo à nomeação: 5.1.1. O direito subjetivo à nomeação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 6. O direito subjetivo à nomeação em face do advento de situações excepcionais. 7. A superveniência de lei que extingue os cargos ofertados em edital de concurso público: 7.1. Argumentos favoráveis ao Poder Público; 7.2. Argumentos favoráveis ao detentor do direito à nomeação. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Diante da consolidação do concurso público como legítimo instrumento democrático para a seleção daqueles que ocuparão cargos efetivos e empregos públicos,

³² E-mail: suzanamnog@gmail.com

surgem alguns questionamentos pertinentes à consecução do processo seletivo e ao posterior provimento das vagas ofertadas. Uma das principais questões que se coloca está relacionada à nomeação dos candidatos aprovados pela Administração Pública, diante do reconhecimento da existência de direito subjetivo à nomeação em determinados casos, o que, logicamente, acarreta ao Poder Público um verdadeiro dever de nomeação.

2. OS FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DO CONCURSO PÚBLICO

Dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Dessa forma, cuida-se o concurso público de procedimento administrativo indispensável para o provimento de cargos públicos efetivos e empregos públicos, do qual se espera a lisura e a regularidade necessárias, a fim de que efetivamente atenda aos princípios que fundamentam a sua existência, tais como os princípios do mérito, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade.

Os princípios, conforme preconiza Robert Alexy (2012), são mandamentos de otimização, isto é, normas as quais ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Na lição de Justen Filho (2014, p. 912):

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público.

Tem-se que o próprio acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso constitui um princípio por si só, tamanha é a sua relevância. Não obstante, verifica-se que, de forma concomitante, justifica-se como instrumento para a realização de outros princípios.

Com efeito, nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 679), “o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público”.

O mencionado princípio do mérito nada mais é do que a finalidade de selecionar os melhores candidatos possíveis para integrar o quadro de servidores e empregados da Administração Pública. Especialmente no contexto de uma Administração Pública que se pretende gerencial, o princípio do mérito se relaciona intrinsecamente ao princípio da eficiência, tendo em vista que, em observância a este, espera-se que a prestação dos serviços públicos seja realizada com presteza, qualidade e, ainda, em tempo razoável.

Assim, “por meio da competitividade, prestigia-se o mérito do candidato que apresentou qualidades necessárias ao exercício da função pública” (OLIVEIRA, 2018, p. 720). Por conseguinte, infere-se que devem ser selecionados os melhores candidatos, pois se parte da premissa de que estes serão servidores públicos de excelência, os quais, logicamente, devem propiciar a melhor execução possível dos serviços públicos por eles realizados.

Em consonância com essa compreensão, asseveram os mestres Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 661):

A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, possui três aspectos possíveis, consoante Renério de Castro Júnior (2021): dever de isonomia, conformidade ao interesse público e imputação dos atos praticados pelo agente público diretamente ao órgão.

A aceção do princípio da impessoalidade enquanto dever de isonomia, segundo o referido autor, pressupõe que a Administração Pública confira tratamento isonômico e impessoal aos particulares, sendo vedada a discriminação odiosa ou desproporcional, não devendo, assim, haver favoritismos ou perseguições na atividade administrativa.

Dessa forma, é evidente que se encontra diretamente relacionado à necessidade de realização de concurso público, pois este possibilita que o mérito do candidato seja avaliado sem que a sua identidade seja conhecida, inviabilizando, portanto, o favorecimento ou a preterição de determinada pessoa em razão de motivações alheias ao

interesse público. Busca-se, pois, a seleção daqueles que verdadeiramente possuem as habilidades buscadas para o excelente andamento das funções administrativas, evitando-se o famigerado “apadrinhamento”.

Nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, nos processos administrativos devem ser observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, o que engloba os concursos públicos. Isso quer dizer que a realização de certames para o preenchimento de cargos e empregos públicos também se coaduna com o princípio da moralidade, tendo em vista que deve se pautar na lealdade, na seriedade, na eticidade, com o objetivo de que não haja privilégios, tampouco interferências indevidas e imorais no processo de escolha dos candidatos. Mesmo porque não há como aceitar que a Administração não seja ética em absolutamente todos os seus comportamentos, pois é isso que dela se espera em um Estado Democrático de Direito, em atenção inclusive ao princípio republicano.

Feita essa breve e necessária análise, interessante é notar que os princípios elencados configuram, ao mesmo tempo, fundamentos e objetivos do concurso público. Realmente, o postulado do concurso público mostra-se um instrumento que concretiza e confere efetividade aos princípios citados, os quais, por sua vez, fundamentam a necessidade da existência do concurso público.

3. O INTERESSE PÚBLICO

Preleciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2013) que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é condição para a existência de qualquer sociedade. Em sua famosa e clássica lição, inclusive, o referido princípio constitui, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, pedra de toque do Direito Administrativo.

Em harmonia com essa concepção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) entende que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, além de inspirar o legislador, vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Ou seja, pode-se dizer que essa supremacia do interesse público possui um caráter de onipresença, de ubiquidade no âmbito da Administração, já que deve ocupar posição de destaque nas considerações do gestor público, em todas as suas condutas.

Desse modo, diante dessa percepção, claramente se nota que, em um potencial conflito entre interesses privados e públicos, deverão prevalecer estes. Permite-se concluir ainda que, se a autoridade administrativa deve atender ao interesse público em toda a sua atuação, isso se faz presente também no contexto da realização de um concurso público.

Contudo, indaga-se: poderia a Administração Pública fazer valer o chamado interesse público a qualquer custo, considerando a posição de supremacia por ele ocupada?

Essa é uma indagação cuja resposta não se mostra simples. Primeiramente porque, sendo um conceito jurídico indeterminado, não há um sentido certo e preciso do que seria interesse público, o que dificulta sobremaneira a sua definição e, conseqüentemente, a sua delimitação. Não à toa, há bastante divergência doutrinária a respeito do assunto, a apontar que não existe um consenso sequer quanto ao próprio conceito de interesse público.

Imperativo é indicar as duas categorias nas quais comumente a doutrina divide o interesse público: enquanto o interesse público primário se relaciona com a satisfação de necessidades coletivas, o interesse público secundário coincide com o interesse do próprio Estado, na condição de sujeito de direitos e obrigações (OLIVEIRA, 2018).

Ademais, há que se ressaltar que a ideia tradicional de interesse público vem passando por uma verdadeira reformulação. Nesse sentido, a clássica contraposição que se afirma existir entre os interesses público e privado vem sendo questionada. Preceitua Rafael Oliveira (2018) que “atualmente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vem ganhando força a ideia de ‘desconstrução’ do princípio da supremacia do interesse público em abstrato”. Conclui o referido autor, mais adiante, que “a promoção do interesse público significa a promoção de interesses privados” e que “há uma conexão necessária entre o interesse público e os interesses privados”.

Em reforço a esse ponto de vista, Humberto Ávila (2001), em renomado artigo a respeito do assunto, nega que exista uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado; este, inclusive, necessariamente representaria uma parte daquele. Afirma que o interesse privado e o interesse público, na verdade, são indissociáveis:

Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de

prevalência. Daí a afirmação de HÄBERLE: “Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas...”.

Por fim, arremata que “deve haver, outrossim, uma ponderação, não somente dos interesses reciprocamente implicados, mas, também, dos interesses públicos entre si” (p. 25). Tal ponderação se faz necessária, segundo o referido autor, na medida em que, identificados os bens jurídicos envolvidos na questão e as normas passíveis de aplicação, devem aqueles ser preservados e protegidos ao máximo. Logo, não é admissível haver uma interpretação que já se mostre, desde o princípio, favorável ao interesse público, de uma forma abstrata, sem que se observem as nuances de cada situação.

Essa ideia produz um significativo impacto na temática do concurso público, uma vez que este se cuida de processo administrativo que fatalmente envolve o interesse público – ou, como se prefere modernamente, conforme alguns autores, interesses públicos, no plural – e inúmeros interesses privados, na medida em que, normalmente, alta é a quantidade de pessoas que se inscrevem e se submetem aos concursos de provas e de provas e títulos em busca da aprovação e conseqüente nomeação para um cargo público.

4. A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se, tradicionalmente, que o poder discricionário consiste na possibilidade de a Administração Pública, em determinados casos, atuar com certa margem de liberdade, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, desde que o faça de forma adstrita aos limites legalmente estabelecidos. Os atos discricionários, portanto, contrapõem-se aos atos vinculados, já que, nestes, não há qualquer possibilidade de exercício de escolha na atuação do agente público.

Leciona Hely Lopes Meirelles (2014, p. 184):

A discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais. A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar e, para os quais a lei não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concreto.

Compreende-se que a discricionariedade deve ser levada a efeito nos moldes contemporaneamente preconizados, o que significa que não há mais como ser considerada de maneira irrestrita ou ilimitada, como se observava outrora.

Assim, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, tampouco desconsiderar os direitos e garantias fundamentais dos administrados. A título de ilustração, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal afirma que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Da simples interpretação textual de tal enunciado, infere-se que as razões de conveniência e oportunidade não são absolutas, mas sim limitadas, por exemplo, pelo devido respeito aos direitos adquiridos.

Deve-se, obviamente, resguardar o melhor interesse da coletividade, não se perdendo de vista que a atividade administrativa, em que pese autônoma, é alcançada pelo controle judicial.

Cumprindo aduzir que, para parte da doutrina, o poder discricionário não seria, na realidade, um poder autônomo, mas sim um atributo de outros poderes ou competências da Administração (OLIVEIRA, 2018).

Assim, em face das condicionantes mencionadas, não há, portanto, espaço para conceber a discricionariedade administrativa como totalmente livre e ilimitada. Essa premissa igualmente deve permear as decisões a serem tomadas pelos agentes públicos ao longo da realização de um concurso público e, ainda, posteriormente, por ocasião da nomeação dos candidatos aprovados.

5. A NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO

O preenchimento de cargos públicos vagos se dá mediante o ato administrativo de provimento, gênero que comporta duas espécies: originário e derivado. A espécie de provimento que interessa ao presente trabalho é o originário, assim denominado porque ocorre quando o ocupante não possui vínculo anterior com aquele cargo que será preenchido. Concretiza-se com a nomeação, a qual é elencada como forma de provimento de cargo público pelo art. 8º, I, da Lei 8.112/90, pertinente ao âmbito federal do serviço público.

Inclusive, o referido diploma legislativo, em seu art. 10, corrobora o princípio da acessibilidade dos cargos e empregos públicos veiculado pelo art. 37, II, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade”.

O Supremo Tribunal Federal consubstanciou, em sua Súmula nº 16, o seguinte entendimento: “Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse”. Salienta-se, contudo, que o referido enunciado foi aprovado em sessão plenária realizada na data de 13 de dezembro de 1963, refletindo uma necessidade dessa época. Não existe, atualmente, qualquer discussão a respeito do direito de tomar posse que detém a pessoa aprovada em concurso público e nomeada para determinado cargo.

Todavia, não se pode dizer o mesmo a respeito do direito do aprovado em concurso público em relação à sua nomeação, já que se trata de ato administrativo que, em regra, é abarcado pela discricionariedade da Administração Pública, a qual, por isso, não se encontra de qualquer forma vinculada e obrigada a efetivá-la.

Constata-se, aliás, que um instrumento costumeiramente utilizado pela Administração é o denominado cadastro de reserva, isto é, o grupo daqueles candidatos que foram aprovados no certame, porém não alcançaram classificação dentro do número de vagas previsto no edital. Essas pessoas devem figurar como excedentes, ocupando um lugar que se assemelha a uma lista de espera.

Trata-se de um recurso que atende ao interesse público, na medida em que permite o aproveitamento dos candidatos que se mostraram aptos, ao mesmo tempo em que não obriga o Poder Público a nomeá-los, permitindo que seja realizado um planejamento adequado a partir de uma avaliação integrada e sistêmica por parte do gestor público. Desse modo, antes de ser efetivada uma nomeação, poderão ser levados em consideração fatores os mais diversos, tais como o equilíbrio das contas públicas ou o enfrentamento de uma grave crise econômica, por exemplo.

Esse entendimento prestigia o princípio da eficiência administrativa e o espaço de discricionariedade que deve ser resguardado ao administrador público. Por outro lado, evita que seja frustrada eventual expectativa que fora justamente criada pelo administrado em virtude de um comportamento anterior da Administração Pública, em face da proteção da confiança legítima dos cidadãos, em respeito à dignidade destes. De todo modo, não se vislumbra qualquer óbice constitucional ou legal à sua utilização.

5.1. O direito subjetivo à nomeação

Primeiramente, convém assentar uma breve definição de direito subjetivo, o qual pode ser relacionado ao brocardo jurídico *jus est facultas agendi*, isto é, o direito é a faculdade de agir. Pode-se afirmar que se refere “a uma faculdade incorporada à chamada esfera jurídica do sujeito em decorrência de previsão do direito objetivo” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2020).

Assim, em palavras singelas, enquanto o direito objetivo alude às normas que integram o ordenamento jurídico, o direito subjetivo é dele derivado e confere ao seu titular a faculdade de exercitá-lo ou de exigí-lo de outrem.

Apesar de, conforme já consignado, a nomeação para cargo público ocorrer, em regra, de acordo com a conveniência da Administração Pública, há circunstâncias em que o candidato aprovado em concurso público possui direito subjetivo a ser nomeado, desde que presentes determinados requisitos e obedecidos certos parâmetros. Em casos tais, pode-se afirmar que inexistente a discricionariedade da Administração quanto à decisão de nomear ou não aquele candidato.

Tendo em vista que se cuida de temática de cunho essencialmente prático e real, é preciso que a perscrutação da existência de um direito subjetivo à nomeação seja realizada, principalmente, a partir de uma análise dos casos concretos apreciados e decididos pelos Tribunais superiores, a fim de se verificarem quais os parâmetros estabelecidos pela sua jurisprudência.

Isso porque, em não havendo como o legislador antever todas as situações possíveis no mundo dos fatos, o que o impede de definir as soluções e as diretrizes a serem seguidas em cada caso que emergir, resta aos Tribunais delimitarem a resolução de importantes questões não previstas em lei.

Desse modo, as decisões exaradas pelo Poder Judiciário assumem posição de incontestável relevância, na medida em que direcionam as condutas a serem praticadas pela Administração Pública. Permitem, assim, que exista um efetivo e ajustado planejamento por parte do gestor público. Por outro lado, apontam o que o administrado pode esperar diante do Poder Público, uma vez que orientam o que pode ser ou não exigido deste.

5.1.1. O direito subjetivo à nomeação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Tradicionalmente, detinha o Supremo Tribunal Federal a posição de que o candidato aprovado em concurso público titularizava uma mera expectativa de direito. É nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 15, aprovada em Sessão Plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, segundo a qual, “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Desse modo, durante muitos anos, reconhecia-se o direito subjetivo à nomeação em uma única hipótese, qual seja, caso verificado o desrespeito à ordem de classificação

dos candidatos aprovados. Ora, denota-se que, se não fosse possível a sindicabilidade do comportamento do Poder Público sequer nessa situação, estar-se-ia diante de um absurdo jurídico, uma inegável e flagrante injustiça, além de verdadeira subversão dos princípios e regras que norteiam o concurso público.

De fato, o mínimo que se espera em um certame é que os candidatos sejam nomeados conforme a ordem em que restaram classificados. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal precisou definir o que deveria ser óbvio e essencial na realização de um concurso, vislumbra-se o quão a temática era parcamente explorada e como o postulado do concurso público era desrespeitado com indizível facilidade.

Feito esse aparte, frisa-se que, em todas as outras situações, não havia como impor qualquer dever de nomeação à Administração Pública, já que se compreendia que existia simples expectativa por parte do candidato. Este, reitera-se, apenas possuiria direito a ser nomeado na evidente situação de ser preterido em relação a outro candidato cuja classificação fosse inferior à sua.

Ocorre que, em paradigmática decisão proferida nos autos do RE 598.099/MS, resolveu o Plenário que o candidato aprovado dentro do número de vagas especificado no edital do concurso público possui direito subjetivo a ser nomeado, fazendo surgir, portanto, um dever de nomeação para a Administração Pública.

Na ocasião, restou asseverado que, dentro do prazo de validade do certame, a Administração até pode eleger o momento mais propício, sob a sua ótica, para proceder à nomeação; todavia, não lhe é facultado deixar de realizá-la, pois se trata de um verdadeiro dever que lhe é imposto.

Vê-se que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que esse entendimento “reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração”.

Em razão da sua primazia, segue a ementa do julgado citado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever

imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação

excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(RE 598099, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

Não se pode deixar de indicar que esse direito subjetivo conferido àqueles aprovados dentro do número de vagas do edital pode se estender, de certa forma, aos aprovados fora delas. Explica-se: na eventualidade de desistência por parte de candidato melhor classificado, aquele que, em decorrência disso, passar a figurar dentro do número de vagas previstas no edital terá direito subjetivo a ser nomeado. Prescrevem os Tribunais superiores que esse acontecimento se mostra suficiente para convolar a mera expectativa de direito anteriormente existente em direito líquido e certo. Essa conclusão, diga-se, mostra-se justa e consentânea com a boa-fé e a segurança jurídica.

Nota-se que esse posicionamento foi assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo regimental em Recurso Extraordinário 1.058.317/MG, julgado em 01 de dezembro de 2017, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em decisões proferidas nos Recursos Ordinários em Mandados de Segurança 52.251/PR e 53.506/DF, julgados, respectivamente, em 05 e 26 de setembro de 2017.

Importa ressaltar, no entanto, que, caso a desistência do aprovado dentro das vagas ocorra após o prazo de validade do certame, não haverá falar em advento de direito subjetivo àquele que, em razão da desistência de outrem, passar a compor o quantitativo de vagas ofertado no edital. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 63.676/RS, julgado em 22 de março de 2021, que não há previsão legal nesse sentido.

Acompanhando a natural evolução da sociedade e a complexidade das relações sociais que lhe é intrínseca, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou quando o Plenário proferiu decisão, em 09 de dezembro de 2015, no Recurso Extraordinário 837.311/PI, sob a sistemática da repercussão geral. Nela, os Ministros elencaram hipóteses nas quais, atualmente, exsurge o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À

NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de

aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);

ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Destaca-se que se utilizou expressamente a locução latina *verbi gratia*, ou seja, não se trata de um rol taxativo de situações, mas sim exemplificativo.

Embora as duas primeiras hipóteses – a saber, aprovação dentro do número de vagas previsto no edital e ocorrência de preterição por inobservância da ordem de classificação –, já estivessem pacificadas na jurisprudência, pelo menos em linhas gerais, considera-se acertada a decisão da Corte de fixá-las na ementa do referido acórdão, em conjunto com a terceira hipótese, para fins de adequada clareza e condensação das decisões mais relevantes já proferidas pelo Tribunal no tocante ao assunto em estudo.

Quanto ao caso de preterição de candidato aprovado, coube ao Superior Tribunal de Justiça dirimir dúvida ainda existente ao estabelecer, no Recurso Especial 1.643.048/GO, julgado em 05 de março de 2020, que, nos casos de preterição de candidato aprovado em concurso público, o termo inicial do prazo prescricional quinquenal recai na data em que foi nomeado outro servidor em seu lugar, caracterizando, dessa forma, a abominável preterição.

Em relação à terceira hipótese, relacionada ao surgimento de novas vagas e abertura de novo concurso durante o prazo de validade do anterior, caso em que se exige, ainda, a ocorrência de preterição de candidatos com arbitrariedade e de forma imotivada por parte da Administração, não de ser realizadas algumas considerações.

A primeira conclusão a que se chega é a de que o simples advento de novos cargos vagos e a abertura de novo certame não são suficientes, por si sós, a ensejarem aos candidatos aprovados fora das vagas o direito a serem nomeados. Ressalta-se que tal inferência se mantém ainda que o novo certame seja deflagrado durante o prazo de validade do primeiro concurso público, pois, mesmo nesse caso, deverá prevalecer a discricionariedade da Administração, diante da inexistência de situação que acarrete, aos candidatos aprovados, direito subjetivo à nomeação.

Circunstância diferente, contudo, ocorre na hipótese em que, somada à existência de cargos vagos, há uma demonstração inequívoca de que a Administração necessita provê-los. Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, consolidando entendimento que já vinha sendo explanado, isso se revela nos casos em que a Administração age com arbitrariedade ou pretere candidato melhor classificado em benefício de outro.

No caso concreto tratado no Recurso Extraordinário 837.311/PI, referente a concurso realizado para o cargo de Defensor Público do Estado do Piauí, houve a publicação de edital de novo concurso público ainda durante o prazo de validade do primeiro concurso. O Supremo entendeu que, somado a isso, restou caracterizada a necessidade de provimento dos cargos, “diante dessa sequência de circunstâncias: comprovação da existência de vagas de Defensor Público, a declaração do Defensor Público-Geral da necessidade de novo concurso e a Resolução que, ainda que exarada logo após o término da validade do concurso, já previa a necessidade, desde 2007, desses novos defensores”. Assim, reconheceu-se o direito subjetivo dos candidatos aprovados a serem nomeados, em que pese a sua classificação tenha se dado além das vagas previstas no edital, tendo em vista a conjunção de fatores que terminou por delinear a necessidade de provimento dos cargos vagos.

Cuida-se de interessante decisão e importante passo dado na presente temática. Percebe-se, cada vez mais, que a jurisprudência e a doutrina sinalizam no sentido de ser imprescindível que a discricionariedade do Poder Público seja exercida em consonância com os valores e princípios que regem o ordenamento jurídico, preservando os direitos fundamentais dos administrados.

Nos casos mencionados, reconhecer o direito subjetivo do cidadão em face da Administração não a enfraquece; pelo contrário, significa, na verdade, conferir uma maior legitimidade às condutas por ela adotadas.

Cabe salientar que a aludida preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública deve ser demonstrada, de forma inequívoca, pelo interessado, quer dizer, pelo candidato aprovado fora do número de vagas e que almeja a sua nomeação.

Por todas, a decisão exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.478/DF, julgado em 9 de agosto de 2016.

Torna-se interessante aduzir que, conquanto o Supremo Tribunal Federal não tenha se reportado à necessidade de inexistência de restrição orçamentária, assim o fez o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Mandado de Segurança 22.813/DF, julgado em 13 de junho de 2018.

Verifica-se, por fim, que, em qualquer cenário de nomeação tardia de candidato aprovado em concurso público, por força de decisão judicial, não existirá direito às promoções e progressões funcionais que o candidato teria alcançado se a sua nomeação houvesse ocorrido na época acertada. Trata-se de relevante posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário 629.392/MT, julgado em 8 de junho de 2017.

6. O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM FACE DO ADVENTO DE SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

É bastante perceptível que a jurisprudência dos Tribunais superiores outorga uma posição de inegável primazia ao direito subjetivo à nomeação, conforme se demonstrou.

No entanto, impende conferir o merecido destaque às situações excepcionalíssimas as quais, no entender do Supremo Tribunal Federal, justificam a recusa da nomeação, pela Administração Pública, de candidatos aprovados em concurso público, ainda que detenham direito subjetivo à nomeação. Essa noção, evidentemente, é imprescindível para o estudo da temática em análise.

O julgado que permanece atualmente como paradigma a ser adotado é o já anteriormente referenciado Recurso Extraordinário 598.099/MS. Nele, proclamou-se que, para que uma situação seja qualificada como excepcional a ponto de refrear o direito subjetivo à nomeação, é necessário que seja dotada, cumulativamente, das seguintes características: superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

Sublinhou-se que tais situações necessitam ser devidamente motivadas pela Administração, possibilitando, dessa maneira, o adequado controle judicial.

A citada decisão vem sendo invocada igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 57.565/SP, em 20 de agosto de 2018, cuja ementa restou assim lavrada:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO

NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS INICIALMENTE. RECUSA AO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. FALTA DE ADEQUAÇÃO ÀS CONDICIONANTES PREVISTAS NO RE 598.099/MS.

1. A recusa da Administração Pública ao direito público subjetivo de nomeação em favor do candidato classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital de concurso público somente se justifica se obedecidas integralmente as condicionantes previstas no RE 598.099/MS, que constitui o marco jurisprudencial regulatório desse direito.

2. Dentre essas condicionantes, deve haver a comprovação pela Administração Pública de que não havia outros meios menos gravosos e extremos para lidar com a situação de excepcionalidade e que, portanto, a recusa constituiu a "ultima ratio". 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 57.565/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 20.08.2018)

Na trilha do que vêm assentando os Tribunais superiores, então, conclui-se que meras vicissitudes ou intercorrências naturais às rotinas administrativas não se mostram aptas a evitar a nomeação à qual é obrigada a Administração Pública. Longe disso, pois, não obstante seja aceita a possibilidade de determinadas circunstâncias justificarem a relatada negativa por parte do Poder Público, deve-se ter em mente que estas são, nos próprios dizeres do Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, situações "excepcionalíssimas".

Inclusive, observou o Ministro Mauro Campbell Marques, Relator do julgado colacionado acima, que, "como *ultima ratio*, a recusa à nomeação deveria ser justificada com a alegação e comprovação de adoção das providências previstas no art. 169, §§ 3.º e 4.º, da Constituição da República, do que o recorrido não se desincumbiu do ônus de provar". Isso demonstra, ainda mais, o quão significativa, realmente, deve ser a justificativa da Administração para que ampare a esquivas da obrigação de nomear.

Nesse sentido, já por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 66.316/SP, em 19 de outubro de 2021, o Superior Tribunal de Justiça evidenciou que sequer situações como pandemia, crise econômica e limite prudencial atingido para despesas com pessoal são suficientes, por si só, para que seja negada a nomeação de candidato aprovado detentor de direito à nomeação.

Denota-se, indiscutivelmente, que as determinações dos Tribunais caminham na direção de sobrelevar de tal forma o direito subjetivo à nomeação, que este deve ser resguardado até o limite em que, efetivamente, não existam outras formas menos extremas para enfrentar o quadro excepcional que despontou para o Poder Público. Tal quadro, reitera-se, deve ser, cumulativa e invariavelmente, imprevisível, superveniente, grave e necessário.

7. A SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE EXTINGUE OS CARGOS OFERTADOS EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO

Tendo em vista as discussões anteriormente levantadas, as quais já vêm sendo decididas pelos Tribunais, impõe-se a seguinte indagação: na hipótese de ser realizado concurso público para o provimento de determinados cargos, pode a Administração Pública, com esteio em sua discricionariedade, extinguir aqueles mesmos cargos, mediante lei superveniente ao certame?

O Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou problema especificamente desse jaez, tendo apenas tangenciado o assunto em algumas decisões, com ligeiras menções, sem aprofundamentos, já que esse tópico não compunha o objeto dos processos em apreciação. No entanto, reconheceu a existência de repercussão geral desse tema, no Recurso Extraordinário 1.316.010/PA, o qual se encontra aguardando o julgamento de mérito.

Conquanto ainda não exista um posicionamento pacificado na jurisprudência, é possível tecer algumas considerações a respeito dos elementos que devem ser levados em consideração, bem como dos parâmetros a serem avaliados, a partir das questões já solucionadas pelos Tribunais superiores.

7.1. Argumentos favoráveis ao Poder Público

Inicialmente, cumpre rememorar que, para parte representativa da doutrina, admite-se, como forte alicerce do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual deve inspirar simplesmente toda a atuação administrativa. Em outras palavras, aquilo que se compreende como interesse público deve prevalecer em face de qualquer interesse privado, em hipóteses nas quais se entenda haver uma contraposição entre ambos.

Naturalmente, deduz-se que, em uma situação de conflito entre o que ordena uma lei superveniente a um concurso público e o direito subjetivo à nomeação de candidato naquele aprovado, deve prevalecer a disposição legal. Isso porque a edição de lei nada mais é do que uma das manifestações possíveis da supremacia do interesse público, razão pela qual a ela deve ser conferida a primazia que lhe é inerente, em

detrimento daquelas pessoas que eventualmente possuíam direito subjetivo a serem nomeadas.

Ora, é plenamente possível que, após a realização de um concurso público para o preenchimento de determinados cargos, advenham motivos que afastem o interesse público anteriormente existente quanto ao provimento daqueles mesmos cargos.

Prosseguindo na linha desse argumento, não há lógica, portanto, em engessar a atuação do Poder Público, obrigando-o à admissão de novos servidores, se isso significa ir de encontro ao que se concebe como interesse público. Pode-se dizer até mesmo que se estaria diante de uma espécie de autoflagelo por parte da Administração, em se considerando que ela exerceria um comportamento contrário aos seus interesses e, por conseguinte, aos interesses da própria coletividade.

Sob outro ponto de vista, mas ainda no mesmo sentido, entende-se que é imperioso se resguardar à Administração Pública o poder-dever de se conformar e de se estruturar da forma que seja mais consentânea com o interesse público, já que visa a alcançá-lo. Isso remete à discricionariedade que amplamente permeia a atividade administrativa e que com ela se compatibiliza.

É nessa discricionariedade, sobretudo, que se fundamenta a Administração Pública ao se defrontar com situações complexas cuja solução não foi antevista pelo legislador e que exigem a adesão a uma ou a outra opção, dentro de uma certa margem de liberdade da qual se dispõe.

Como já explanado, a discricionariedade atribuída à Administração Pública não pode ser ilimitada; não obstante, igualmente não pode ser mitigada a ponto de obstruir a atuação administrativa, tolhendo excessivamente as alternativas que se colocariam à disposição do gestor público. Pelo contrário, deve-se, sim, prestigiar a reserva de administração, permitindo-se que a Administração disponha dos caminhos que avalie como mais apropriados à consecução das suas finalidades.

Ademais, é cediço que compete ao administrador o planejamento das funções administrativas, de forma a conquistar uma maior racionalização no tocante à prestação dos serviços públicos. Afinal, a modernização da Administração Pública constitui uma finalidade visada tanto por aqueles que a integram, quanto pelos administrados, a quem os serviços são prestados.

Um dos pilares em que se apoia a almejada realização de um planejamento administrativo acertado é a satisfatória gestão dos cofres públicos, a qual, na realidade, é inegavelmente imprescindível. Deve-se buscar sempre a sua otimização, mediante

contínuas tentativas de aprimoramento, a fim de que o ente seja capaz de fazer face às múltiplas demandas sociais que lhe são impostas. Afinal, como se afirma costumeiramente, enquanto os recursos públicos são, por sua natureza, sempre escassos, as necessidades sociais, por outro lado, são ilimitadas.

Isso representa um dos maiores desafios, senão o maior, com que se depara o administrador público: atingir o ponto de equilíbrio mais adequado entre a satisfação das necessidades sociais, de um lado, e a atenção ao montante das despesas públicas, de outro, ciente da manifesta improbabilidade de se alcançar o patamar que se afiguraria como ideal.

Divisa-se, nesse contexto, o chamado princípio ou cláusula da reserva do possível. Afirma Bernardo Gonçalves (2018, p. 746):

A chamada cláusula da “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen), que começou a ser alegada a partir da década de 1970, é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias.

Existem, assim, limitações diversas a condicionar as escolhas administrativas, as quais terminamente influenciam as condutas a serem empreendidas pelo Poder Público. Uma das mais significativas dessas limitações consiste na necessidade de previsão orçamentária para a execução de gastos públicos, o que se relaciona diretamente à nomeação de pessoas aprovadas em concursos públicos.

Com efeito, a própria Constituição Federal dispõe, em seu art. 169, § 1º:

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Reenumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

À vista disso, torna-se evidente que, para a admissão de pessoal, é indispensável a prévia dotação orçamentária, em medida que seja bastante para atender às respectivas despesas e suas projeções, bem como a autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Além de tais requisitos, o próprio *caput* do exposto art. 169 da Constituição Federal exige que a despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Em obediência a esse dispositivo, prescreve a Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, em seus arts. 19 e 20, os percentuais da receita corrente líquida que cada ente federativo não poderá exceder no que concerne à despesa total com pessoal, havendo, ainda, percentuais específicos para o Poder Executivo, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, incluído o respectivo Tribunal de Contas.

Desse modo, como é possível depreender, a realização de despesas com pessoal pressupõe o atendimento a uma série de formalidades e o preenchimento de diversos requisitos. Vale assinalar que as exigências aqui elencadas representam tão somente uma pequena amostra de todas aquelas às quais deve se submeter a Administração Pública.

Assim, verifica-se, sob a ótica administrativa, que não apenas o interesse público primário, mas igualmente o interesse público secundário não podem ser desprezados em função de interesses meramente individuais. Os recursos públicos devem ser alocados de forma racional e planejada, evitando-se fatores que possam ocasionar a desorganização da atividade administrativa e o desequilíbrio do orçamento, sob pena de ser prejudicada até mesmo a continuidade das próprias políticas públicas a serem implementadas.

7.2. Argumentos favoráveis ao detentor do direito à nomeação

Reconhece-se que, com amparo na discricionariedade administrativa, o gestor público, de fato, detém um amplo espaço de autonomia, o que engloba a chamada reserva de administração. Com efeito, na esteira do princípio da separação dos poderes, compreende-se que um órgão ou entidade não pode se imiscuir no núcleo essencial da

competência de outro, razão pela qual, em princípio, o órgão realizador do concurso público possui liberdade para dispor da nomeação dos candidatos aprovados conforme melhor lhe aprouver.

Entretanto, ao lado dos tradicionais critérios de conveniência e oportunidade, os quais tradicionalmente orientam o exercício da discricionariedade administrativa, devem caminhar também razões de justiça e de equidade. Deve-se, portanto, analisar se o comportamento do Poder Público, naquele contexto, mostra-se justo ou, pelo menos, dotado de boa-fé objetiva, já que é indeterminada a acepção de justiça.

Afinal, sabe-se que a boa-fé deve nortear todos os comportamentos estatais, o que inclui as ações empreendidas ao longo de um processo seletivo realizado pela Administração. Assim, é necessário se conduzir pela boa-fé objetiva até mesmo no que diz respeito à previsão das vagas que deverão ser preenchidas a partir daquele certame, não podendo existir qualquer intento de deslealdade administrativa quanto a isso.

Não custa lembrar que as regras do edital de um certame público obrigam não somente os candidatos que se submetem à seleção, mas igualmente impõem determinadas condutas ao ente responsável pela sua realização, vinculando-o em certas questões.

Observa-se, realmente, que a execução de um concurso público escorreito adstringe a Administração Pública à observância de regras de organização previamente estabelecidas, seja na Constituição Federal, na lei ou no edital, de modo a resguardar garantias fundamentais dos cidadãos e, ainda, preservar a efetividade da grande conquista democrática que é o postulado do concurso público.

Apreende-se que esse respeito essencial que deve existir aos direitos fundamentais informa a noção que atualmente se tem acerca da discricionariedade do Poder Público, de modo que a direciona e a limita. Desse modo, ainda que na sua atuação discricionária, a Administração deve ser deferente aos direitos fundamentais, prestigiando, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, faz-se primordial que se mantenha a devida atenção ao princípio da segurança jurídica, em seu aspecto pertinente à proteção da confiança legítima, já que, sob o ponto de vista do cidadão, é criada uma justa expectativa, ante um comportamento anterior da Administração. No caso, entende-se como comportamento anterior da Administração principalmente aquele exposto nas regras contidas no edital do concurso público.

Além disso, obviamente se presume que o Poder Público, antes de deflagrar um concurso público, conhecia apropriadamente a sua realidade e considerou, a fundo, todas

as suas condições fáticas possíveis. É forçoso inferir que o ente necessariamente possuía um planejamento a médio e a longo prazo, pois, do contrário, estar-se-ia diante de inaceitável irresponsabilidade do respectivo governante, em clara afronta a várias regras e princípios do ordenamento jurídico, entre os quais se destaca o princípio republicano.

O arremate dessa questão, sob a perspectiva que se vem destrinchando, vem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Fato é que as decisões desses Tribunais apontam que a recusa à nomeação daquele que possui direito subjetivo a ser nomeado deve ser a *ultima ratio*. Consequentemente, é nessa qualidade de última alternativa a ser exercida que a refutação ao ato de nomeação deve ser considerada.

Tanto é assim que, segundo os Tribunais superiores, para que se legitime a negativa de nomeação, é necessária a existência de um cenário cujas características a serem identificadas – a saber, superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade – sejam inequívocas. Como visto, não são aceitas para tal finalidade sequer conjunções drásticas, como a eclosão de uma pandemia, e muito menos situações mais comuns, como o atingimento do limite prudencial para despesas com pessoal.

É crucial ressaltar que a imprevisibilidade em questão não se confunde com situações que resultam da desorganização ou da imprevidência administrativas, sob pena de se prestigiar o gestor negligente. Afinal, é lógico que uma gestão financeira desastrada, por exemplo, facilmente conduzirá a Administração a um estado de dificuldades de toda ordem.

Nesse encadeamento de ideias, a ilação que se alcança não pode ser outra senão a de que lei posterior à realização de concurso público para determinados cargos não pode extingui-los ou, pelo menos, se chegar a extingui-los, não poderá atingir o direito subjetivo à nomeação daqueles que o possuem.

Afirmar em sentido contrário significaria prestigiar comportamentos contraditórios da Administração e, portanto, vedados, por afrontarem sobretudo a boa-fé, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, vetores que, impreterivelmente, devem guiar as posturas administrativas.

Ora, tem-se, então, que sequer uma pandemia, quadro cuja gravidade é irrefutável, possui densidade suficiente a legitimar o descumprimento do dever de nomeação pela Administração Pública. Logicamente, com mais razão ainda, o simples advento de uma lei não poderia ter essa aptidão, tão somente em virtude de militar em direção oposta àquela seguida pela Administração no momento em que ponderou pela realização de um concurso público.

Tal circunstância, na verdade, está a indicar mais uma ausência de planejamento, ou, no mínimo, de visão a longo prazo, do que o surgimento de situação grave e inesperada. É difícil acatar que, logo em seguida à consumação de um processo seletivo, o interesse público antes havido quanto ao preenchimento daquelas vagas simplesmente deixou de existir.

Importa registrar que a simples edição de uma lei, por si, não cumpre todas as características enumeradas pela jurisprudência as quais, conjuntamente, permitem, de forma excepcionalíssima, sobrepujar o direito subjetivo à nomeação. Em que pese superveniente ao concurso, a publicação de lei não se revela um acontecimento extraordinário e imprevisível, extremamente grave e necessário.

Não há fundamento jurídico, pois, para se frustrar o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em razão da extinção do respectivo cargo por lei superveniente à realização do concurso público.

8. CONCLUSÃO

A análise do assunto em questão, inevitavelmente, deve se debruçar sobre o direito subjetivo dos candidatos aprovados à nomeação, de um lado, e a discricionariedade administrativa, de outro, à luz dos princípios que norteiam a Administração Pública e, ainda, a possibilidade de controle judicial da atuação do Poder Público.

Em princípio, é verdade que a Administração Pública, atuando no âmbito da reserva de administração, possui liberdade quanto à conformação da atividade administrativa. Em regra, pois, não concerne ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito dos atos administrativos, tampouco na organização das atribuições e no desempenho das funções do Poder Público.

Ocorre que tal discricionariedade não se faz absoluta, devendo ser pautada em critérios outros além dos simples juízos de conveniência e oportunidade, como classicamente se coloca.

O zelo que a Administração Pública deve manter em relação ao interesse público, basilar para o regime jurídico-administrativo, assume, atualmente, uma conotação que se aproxima do fomento de interesses privados.

É claro que a Administração não pode se pautar apenas pelo que se mostra ou não mais conveniente aos particulares que se submetem aos concursos públicos. No entanto, isso não pode significar, por outro lado, que ela detém permissão absoluta para atuar com arbitrariedade, em flagrante desrespeito aos cidadãos que se submetem aos certames.

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pela do Superior Tribunal de Justiça, admita que, em situações excepcionalíssimas, a Administração Pública seja desobrigada do dever de nomeação que lhe é imposto, resta clara a necessidade de se cuidarem de conjunturas incontestavelmente gravíssimas.

Assim, alterações corriqueiras das condições fáticas, as quais muitas vezes são até mesmo esperadas, não se mostram aptas a embasar o afastamento do direito subjetivo à nomeação.

Deve-se sempre ter em mente que a recusa da nomeação deve ser medida de *ultima ratio* a ser adotada pela Administração Pública, isto é, quando, além de cumpridos os requisitos elencados pela jurisprudência, realmente não houver qualquer outra alternativa possível no caso concreto.

Por conseguinte, aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal defina as balizas específicas a serem seguidas em relação à possibilidade de afastamento do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado, tendo em vista a superveniência de lei que extingue o respectivo cargo. Uma alternativa possível seria viabilizar a extinção do cargo com efeitos prospectivos, mantendo-se, assim, aqueles existentes que motivaram a realização do concurso público, com a consequente realização da nomeação nos termos anteriormente planejados.

Indiscutível é que a aferição, a partir do caminho que vem sendo trilhado pelas decisões proferidas, de que deverá haver respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e atenção à boa-fé objetiva e à segurança jurídica, uma vez que a discricionariedade administrativa não pode ceder espaço a arbitrariedades, consideradas, de todo modo, as circunstâncias verificadas no caso concreto.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASTRO JÚNIOR, Renério de. **Manual de Direito Administrativo**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONIZETTI, Elpídio.; QUINTELLA, Felipe. **Direito objetivo e direito subjetivo: conceituação**. **GEN Jurídico**, 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/30/direito-objetivo-e-direito-subjetivo>>. Acesso em: 30 set. 2021.

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA DE OFÍCIO

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:

Mestre em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Público, Direito Constitucional Aplicado e Direito da Seguridade Social. Oficial de Justiça Federal (TRF1).³³

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil, ao tratar da tutela provisória, inovou sobremaneira na disciplina do instituto, com significativas alterações e melhor detalhamento sobre o tema. Este estudo objetiva a análise da concessão da tutela de urgência de natureza antecipada de ofício pelo juiz à luz do processo civil moderno, com especial destaque à jurisprudência de nossos tribunais.

Palavras-chave: Tutela. Provisória. Urgência. Concessão.

ABSTRACT: The New Code of Civil Procedure, when dealing with provisional tutelage, greatly innovated in the discipline of the institute, with significant changes and better exposure of the topic. This study aims to analyze the granting of emergency relief of an anticipated nature of office by the judge in the light of modern civil proceedings, with special emphasis on the jurisprudence of our courts.

Keywords: Guardianship. Provisional. Urgency. Concession.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tutela provisória de urgência: aspectos gerais e requisitos. 3. A finalidade do processo civil contemporâneo e o papel do magistrado. 4. Possibilidade de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada de ofício. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil disciplina a tutela provisória nos artigos 294 a 311. A concessão da tutela provisória, seja de urgência ou evidência, “se dá mediante cognição sumária, quer dizer, em juízo de cognição menos aprofundado verticalmente” [1]. Não é necessário ao juiz se debruçar sobre todos os fatos e provas, uma vez que a decisão não é proferida com base em um juízo de certeza.

³³ E-mail: joaomonteiro_trfam@yahoo.com.br

No presente trabalho abordar-se-á a possibilidade de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada de ofício pelo magistrado, com base em uma visão moderna do processo civil brasileiro e no entendimento jurisprudencial sobre o tema.

2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA: ASPECTOS GERAIS E REQUISITOS

A Lei 13.105/2015, de 16/03/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, entrou em vigor no dia 18/03/2016. Do artigo 294 a 299 o Código previu as disposições gerais sobre a tutela provisória. As disposições gerais sobre a tutela de urgência estão previstas nos artigos 300, 301 e 302. Os artigos 303 e 304 tratam do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Do artigo 305 ao 310 temos o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Por fim, o artigo 311 disciplina a tutela de evidência.

O CPC, em seus artigos 300 a 302, traz as seguintes disposições gerais sobre a tutela de urgência:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º - Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º - A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º - A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Primeiramente, é preciso considerar que, ao se falar em antecipação de tutela, não se fala sobre a antecipação do provimento jurisdicional que definirá a relação jurídica. Decerto, "o instrumento se presta a concessão antecipada do bem da vida, do pedido mediato e não do pedido imediato (a tutela em si), que será apreciado na sentença[2]".

Diferentemente do CPC/73, que distinguia os requisitos para concessão da tutela antecipada ou cautelar (sendo os requisitos da tutela antecipada o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e para a tutela cautelar o *periculum in mora*), o *caput* do artigo 300 inicia a matéria descrevendo os requisitos para concessão da tutela de urgência, seja a cautelar ou antecipada, exigindo, de início, a presença de elementos que demonstrem a probabilidade do direito.

Além disso, existente o primeiro requisito deve-se haver o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, elementos estes que relevam "a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo[3]".

Outro requisito previsto no Novo Código, para concessão da tutela de urgência, é a previsão de que o juiz poderá, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (artigo 300, § 1º). A posição topográfica do dispositivo presume sua aplicação às tutelas cautelar e antecipada.

É evidente que o termo "poderá" demonstra a faculdade do juiz. Assim, poderá exigir caução quando houver dúvida no que tange à concessão da tutela e a possibilidade de irreversibilidade do provimento. Deixará de exigi-la, entretanto, se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

A possibilidade de dispensa de caução para a concessão de tutela provisória de urgência, prevista no art. 300, §1º, deve ser avaliada à luz das hipóteses do art. 521 do CPC[4], de acordo com o Enunciado 498 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

O juiz poderá concedê-la liminarmente ou mediante audiência de justificação prévia (§ 2º, do artigo 300, do CPC), ficando a escolha a cargo do magistrado. Daniel Amorim, sobre isso, leciona:

Na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido a respeito do pedido antecedente de tutela de urgência e acreditar que possa obter esclarecimento para a prolação de uma decisão com maior segurança por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela, poderá, antes de analisar o pedido, determinar a realização de uma audiência prévia de justificação[5].

Novamente a legislação tratou sobre a irreversibilidade ao expor que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§3º, do art. 300). É importante registrar que “a irreversibilidade se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento” (STJ, RESP 737047, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13/03/2006[6]).

Cabe ao magistrado, nesse ponto, a difícil tarefa de ponderar se o benefício advindo ao autor não é inferior ao prejuízo imposto ao réu. Os efeitos irreversíveis de uma decisão, em vista disso, devem ser observados pelo magistrado tanto ao se conceder quanto ao se negar uma tutela provisória.

O requisito da irreversibilidade é tratado na doutrina como um requisito negativo, ou seja, para que a tutela antecipada seja concedida este deve estar ausente. Trata-se de um critério de proporcionalidade, que não se descuida de uma análise sob a ótica das garantias constitucionais. Assim Jônatas Luiz Moreira de Paula assevera:

[...] o “requisito negativo” contido no § 3º do artigo 300 do CPC, deve ser interpretado à luz da metodologia do Princípio da Proporcionalidade, sob pena de negar eficácia ao instituto da antecipação da tutela e dos fins sociais que ele busca[7]”.

Salienta-se que, embora seus efeitos sejam irreversíveis, a tutela provisória poderá ser concedida, caso a lesão ao direito também seja irreversível e tendo em vista o direito constitucional de acesso à justiça. É o que dizem os Enunciados n. 419, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), e n. 25, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

Enunciado 419, do FPPC. (art. 300, § 3º) Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)]

Enunciado 25 da ENFAM. A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

No mesmo diapasão é o Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível”.

Em continuidade, o CPC, em seu artigo 301, elenca as formas em que a tutela de urgência, de natureza cautelar, poderá ser efetivada, quais sejam: mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. O Novo Código não mais prevê cautelares típicas, mas elenca em seu artigo 301 formas de efetivação.

Vale dizer, ainda, que uma leitura do artigo 301 permite-nos concluir que o poder geral de cautela está mantido no CPC atual, conforme destacado no Enunciado n. 31 do FPPC.

Finaliza o Código, em que pese às disposições gerais, expondo sobre a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela de urgência (antecipada e cautelar), que responderá, independentemente de culpa, nos seguintes casos: se a sentença lhe for desfavorável; se, obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; se ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; e se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Como dito, “cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os artigos 297, parágrafo único, 520, I e II, e 302 do novo CPC” (STJ, RESP 1630716/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 16/12/2016[8]). Por consequência lógica da responsabilidade objetiva, desnecessário se aferir se houve culpa.

Em consonância com o Enunciado 39 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, na hipótese de cassação ou modificação da tutela de urgência na sentença poderá a parte, “além de interpor recurso, pleitear o respectivo restabelecimento na instância superior, na petição de recurso ou em via autônoma”.

Caso ocorrida alguma das hipóteses supracitadas, em observância ao sincretismo processual, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível (parágrafo único, do artigo 302, do CPC). Em outras palavras, a rigor dispensa-se o processo autônomo para liquidação.

3. A FINALIDADE DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DO MAGISTRADO

A inafastabilidade do acesso à justiça encontra-se garantida pela Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que assim diz, *in verbis*: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por imperativo constitucional, o órgão jurisdicional, uma vez provocado, não pode recusar-se ou delegar a função de dirimir os litígios a si levados. Trata-se de um direito fundamental.

Até mesmo à legislação infraconstitucional é defeso criar entraves que inviabilizem o exercício do direito constitucional de acesso à justiça, tendo em vista que “o rol de exceções ao direito de acesso à jurisdição é previsto na Constituição, atualmente adstrito aos casos de negociações coletivas que precedem o ajuizamento de dissídio coletivo e à justiça desportiva” (STF, ADI 2.139, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01/08/2018[9]).

Ainda no julgamento da ADI 2.139 a Suprema Corte deixou claro que o direito de acesso à justiça impede a exigência de cumprimento de requisitos desproporcionais ou procrastinatórios, quando assim se manifestou:

Este Supremo Tribunal tem reconhecido, em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores para a submissão do pleito ao órgão judiciário competente[10].

Para Daniel Amorim, ainda sobre o assunto:

[...] o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material[11].

É indispensável ao tema transcrever o seguinte trecho da obra “Teoria Geral do Processo”, relativo ao acesso à justiça, que deixa ainda mais inequívoca a preservação desse direito fundamental:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em “acesso à ordem jurídica justa[12]”.

A garantia do acesso à justiça se dá por meio do exercício do direito de ação e de defesa, restando configurada a prestação jurisdicional efetiva. A efetividade da tutela jurisdicional, então, como instrumento da tutela de direitos e de modo célere, demonstra-se como a finalidade do processo contemporâneo.

Ainda que não seja de interesse neste trabalho adentrar na crise vivida pelo Judiciário, Marcus Orione Gonçalves Correia aponta que “[...] a crise vivida pelo Judiciário em geral é de todos conhecida, partindo da insuficiência de recursos para a pronta tutela jurisdicional, até o fenômeno do aumento das demandas, fruto da conscientização dos direitos[13]”. Contudo, não atenua a garantia constitucional de se buscar o poder judiciário.

O direito de acesso à justiça objetiva garantir, de modo amplo, a utilidade do processo, por meio de instrumentos que permitam a efetiva realização dos direitos em brevidade razoável. A citada “conscientização de direitos” por parte da sociedade acentua a busca pelo poder judiciário que, por seu turno, não pode ficar inerte e desatento à evolução social.

O direito de um processo com duração razoável, inclusive, encontra-se ratificado pelo Brasil desde 18 de julho de 1978 no plano internacional, previsto no Pacto San José da Costa Rica, sendo inserido ao ordenamento jurídico pátrio em 09 de novembro de 1992.

Alexandre Feitas Câmara aborda a celeridade como o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, asseverando a necessidade de sua aplicação para o resultado justo pretendido, exemplificando o seguinte:

Pode-se comparar o processo a um automóvel trafegando por uma estrada. Automóveis excessivamente lentos são tremendamente

perigosos, podendo causar acidentes. Mas tão perigosos eles são os automóveis que trafegam em velocidade excessivamente alta. Muitas vezes, os acidentes por estes causados são ainda mais graves. O processo excessivamente lento é incapaz de promover a justiça, pois justiça tarda falha. De outro lado, porém, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo quase impossível que produza resultados justos[14].

Hodiernamente, doutrina e jurisprudência reconhecem a necessidade de se garantir a condução do processo com atividades dinâmicas e sistemáticas, que visem o alcance da finalidade do processo, sem exacerbar nas formalidades inerentes ao processo civil extemporâneo. Não se vê, com isso, a figura de um juiz estático como comparado ao passado.

Não se admite, pois, que o juiz moderno exerça sua atividade como mera máquina, agindo somente por provocação ou requerimento das partes. Muitas vezes, um dos sujeitos processuais mantém-se inerte por razões econômicas ou culturais, cabendo ao magistrado, diante de tais fatos, garantir a real igualdade entre os litigantes.

Compete ao juiz, portanto, tratar as partes de modo isonômico e submeter todos os direitos garantidos a uma das partes no processo ao crível do contraditório. Aqui se fala em igualdade substancial, quer dizer, igualando-se em direitos e deveres as partes que são, necessariamente, desiguais. Marcelo Novelino, nesse contexto, destaca que “o direito de acesso à jurisdição não pode ser compreendido sob o ponto de vista formal[15]”.

Bedaque, a propósito, leciona:

O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo[16].

Sabe-se que o juiz não poderá deixar de lado a repartição do ônus da prova atribuído às partes, como regra disciplinada no artigo 373 do atual CPC. Entretanto, a ele não se observa o papel secundário de simples observador das alegações e provas produzidas pelas partes. Espera-se dinâmica na condução da marcha processual, ditando as regras a serem observadas pelos envolvidos.

Todos esses pontos têm por finalidade a garantia da justiça, que, vale dizer, faz parte da essência do direito, devendo ser estritamente observada pelos tribunais. Pode-se extrair essa ideia das lições de Paulo Nader:

Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça. O Direito Positivo deve ser entendido com um instrumento apto a proporcionar o devido equilíbrio nas relações sociais. A justiça se torna vida no Direito quando deixa de ser apenas ideia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais[17].

O direito deve ser incorporado à lei e a atividade estatal, por sua vez traduzida pela concretização da Norma ao caso concreto, por meio da atividade jurisdicional, e deve obedecer a esses ditames, visando o equilíbrio nas relações sociais, legitimando, como anteriormente demonstrado, a ordem jurídica.

A atividade jurisdicional, como ato de representação do Estado, deve servir aos indivíduos em sociedade protegendo-lhes e garantindo-lhes seus direitos. Nesse sentido expressa Valério Mazzuoli:

[...] não são os indivíduos que existem para o Estado, mas este que se forma em relação àqueles, e por isto tem o dever de proteger-lhes e garantir-lhes os meios necessários para a sua plena realização pessoal[18].

Vale lembrar, ainda, que a atuação estatal, por meio do juiz, deve ser dada de forma estrita às regras do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CF), que consiste no princípio norteador de todos os demais que devem ser observados no processo, daí chamá-lo supraprincípio.

4. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA DE OFÍCIO

Sob a égide do Código de Processo Civil revogado, de 1973, parte majoritária da doutrina e jurisprudência entendia ser vedada a concessão da tutela antecipada de ofício, com base em uma leitura do artigo 273, *caput*, daquele Código, que condicionava a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial ao requerimento da parte.

O Código de Processo Civil atual, por outro lado, não condiciona a tutela de urgência ao requerimento da parte, mas silencia quanto à possibilidade de concessão de ofício pelo juiz. O texto legal assevera que “a tutela de urgência será concedida”, não esclarecendo ser a concessão a requerimento ou não da parte, como se previa no artigo 273 do CPC anterior.

Imperioso destacar que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe em seu texto redação correspondente ao artigo 2º do CPC/73 que assim dizia: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Ao contrário, o Novo CPC está amparado em um modelo constitucional de processo, que pretende garantir de maneira mais efetiva a entrega da tutela jurisdicional, assim como proteger com maior eficácia os direitos e garantias fundamentais. Há, ainda, a preocupação do legislador em privilegiar a resolução do mérito, o que não se olvida do dever de, quebrada a inércia da jurisdição, conduzir o processo com base no impulso oficial.

Além disso, na aplicação da lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O CPC vai mais além, ao dispor que 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 (artigo 8º).

Não pode o magistrado, portanto, se distanciar dos fins sociais e humanísticos almejados pela sociedade unicamente com base em uma interpretação literal da norma.

Outrossim, é inegável que o legislador não condicionou a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, pois, no Código atual, não se valeu de tal expressão no *caput* do artigo 300. Ao revés, permitiu que a tutela de urgência fosse concedida quando existentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sem impor, ao menos de modo expresso, a necessidade de pedido do interessado.

O legislador, até mesmo, ao passo que determinou não ser possível proferir decisão surpresa, ou seja, sem prévia oitiva da parte prejudicada (artigo 9º, do CPC), excepcionou a regra em relação à tutela provisória de urgência (inciso I, do parágrafo único, do art. 9º, CPC), reconhecendo sua importância.

Com efeito, pode-se dizer que a ausência de indicação expressa sobre o requerimento da parte para fins de concessão da tutela antecipada, assim como previa o CPC anterior, reflete a vontade do legislador ao atribuir ao poder judiciário, ainda que não provocado de modo expresso, o dever de conceder a tutela antecipada sempre que o caso concreto assim exigir e quando presentes os requisitos legais.

Daniel Amorim, a propósito, diz:

Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício[19].

Ainda para o autor “o poder geral ora sugerido, entendido como a possibilidade de concessão de ofício de uma tutela de urgência pelo juiz, afasta, ainda que excepcionalmente, o princípio dispositivo[20]”. Diferentemente da inércia da jurisdição que, necessariamente, depende de provocação do interessado, o desenvolvimento do processo se dá por impulso oficial, que reclama a atuação ativa do magistrado.

Cassio Bueno defende ser cabível a tutela antecipada de ofício com base na efetividade da tutela jurisdicional[21]. É justamente essa efetividade do processo um dos motivos da elaboração do Novo Código de Processo Civil, que tem como um de seus escopos proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização de seus direitos. Nesse plano apresentou-se na Exposição de Motivos da Lei 13.105:

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo[22].

Na jurisprudência existem diversos julgados nos quais se admitiu a concessão de ofício da tutela antecipada.

Primeiramente, em matéria previdenciária, é assente o entendimento no sentido de caber à concessão de ofício da antecipação de tutela, seja sob a égide do CPC de 1973 ou do CPC de 2015, considerando a busca pela real e efetiva prestação jurisdicional e o fato concreto, quer dizer, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários:

PREVIDENCIÁRIO. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. PROVA TESTEMUNHAL E MATERIAL IDÔNEAS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. I - **Esta Turma já se posicionou pela possibilidade de concessão da antecipação da tutela de ofício, em razão da busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional conjugada com a necessidade imediata que o fato concreto exige.** No caso presente a autora tem mais de 65 (sessenta e cinco) anos, ajuizou a presente ação em 2001 e obteve sentença favorável em 2005. II - São consideradas idôneas, no presente caso, a prova testemunhal e os elementos materiais,

carreados aos autos com o fito de comprovar a atividade rurícola da autora, para fins de obtenção de benefício previdenciário. Precedente do STJ. III - Apelação do INSS e Remessa Oficial improvidas. (TRF5, AC 330371, Rel. Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, 18/06/2006).

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI N.º 11.520/2007. PORTADOR DE HANSENÍASE. ISOLAMENTO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA, DE OFÍCIO, PARA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Cuida-se de pedido de concessão de pensão especial instituída pela Lei nº 11.520/07, por ser a parte autora portadora de hanseníase e ter sido submetida a tratamento mediante isolamento e internação compulsória no Sanatório Aymoré (hospital-colônia), atual Hospital Lauro de Souza Lima, no período de 01/08/1966 a 31/08/1966.

7. Recebido o diagnóstico, não restava outra alternativa ao portador da doença, senão procurar os sanatórios e viver em isolamento social, dado que o convívio em sociedade era impossível, notadamente aos mais carentes.

9. Preenchidos os requisitos necessários à concessão da pensão especial prevista na Lei 11.520/2007, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença para julgar procedente o pedido para conceder o benefício.

(...)

11. Apelação provida. **Deferida tutela antecipada, de ofício, para implantação do benefício.**

(TRF3, AC 1843113 - 0001950-21.2011.4.03.6117, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJ 27/06/2019).

Em matéria ambiental o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve decisão de primeiro grau em que foi concedida antecipação de tutela de ofício pelo magistrado, baseando-se no poder geral de cautela e considerando o caso concreto, em que visualizou o grande impacto ao meio ambiente que estava causando a ocupação em área de preservação ambiental:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. OCUPAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. PODER GERAL DE CAUTELA. **POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO DE OFÍCIO.** 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação civil pública, concedeu a antecipação da tutela provisória para determinar a desocupação da área em litígio, impondo previamente ao Estado do Ceará, por meio da Secretaria do Meio Ambiente - SEMACE, fiscalizar a área ocupada, para evitar novas ocupações, considerando que o dano ambiental extrapola o Município de Caucaia e atinge também o Município de Fortaleza, devendo apresentar relatório de fiscalização em 30, 60 e 90 dias da decisão. [...] 5. O colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o Juiz, valendo-se do poder geral de cautela pode, de ofício, determinar providência que lhe pareça cabível e necessária ao resultado útil do processo, Precedente: STJ, Quarta Turma, AINTARESP 201602289645, Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27/06/2017, decisão unânime. 6. Na situação em tela, o juiz se valeu do poder geral de cautela para, conceder a tutela antecipada, diante do caso concreto em que visualizou o grande impacto ao meio ambiente que estava causando a ocupação em área de preservação ambiental. 7. Agravo de instrumento improvido. (TRF5, AI 145076, Rel. Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior, DJ 09/11/2017).

O Tribunal de Justiça do Amazonas, ao manter decisão do juízo de primeiro grau que concedeu, de ofício, a tutela antecipada, reconheceu a possibilidade fundada no preenchimento dos requisitos legais e no direito discutido no processo, isto é, à moradia, que alcança outros direitos de estimado valor, como o direito à vida digna, à intimidade e à privacidade:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE C/ TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA PELO JUÍZO DE ORIGEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DE CONCESSÃO EVIDENCIADOS. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO OU RISCO DE RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO VERIFICADOS. DECISÃO FUNDAMENTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

(...)

- Para concessão da tutela de urgência, exige-se a demonstração de dois requisitos, consagrados nas máximas latinas, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

- No caso dos autos, verifico que o Juízo de piso analisou devidamente os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência, não havendo que se falar em ausência de fundamentação específica, tendo em vista que fundamentou sua decisão com base no artigo 300 do NCPC, restando evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano.

- Da probabilidade do direito, o *fumus boni juris* da Autora está demonstrado pelas provas documentais acostadas aos autos (fls. 21/22) pelas quais se demonstra a irregularidade da aquisição da posse do imóvel pela Agravante, vez que o permutante (Juvenal Cabral) não era seu proprietário, razão pela qual não lhe era dado dispor do mesmo.

- Quanto ao perigo de dano, *periculum in mora*, verifica-se que a Agravada é aposentada, contando com 66 anos de idade, assistida pela Defensoria Pública, de modo que é manifestamente prejudicial o fato de estar impedida de ter acesso a imóvel sobre o qual lhe assiste o direito de propriedade.

- Ademais, a demora da imissão na posse vulnera também o direito fundamental da Agravada à moradia, cujos reflexos periclitam também direitos individuais a ele imanentes vida digna, intimidade, privacidade, apenas a título de exemplo, não se podendo exigir que a Agravada arque com tal vilipêndio ao longo de todo o curso processual. Razão pela qual não merece reparo a decisão objurgada.

- Recurso conhecido e desprovido, em consonância com o Parecer Ministerial. (TJAM, AI 4003300-21.2017.8.04.0000., Rel. D. Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro, DJ 08/05/2018).

Vê-se, com efeito, uma tendência menos restritiva de alguns juízes, ainda que em determinadas matérias, autorizando a antecipação de tutela de ofício, baseando-se nas circunstâncias do caso concreto, na urgência que demanda uma solução breve por parte do poder judiciário, no poder geral de cautela e prestigiando o método sistemático de interpretação da norma.

No Código de Processo Civil de 2015, com fundamento no poder geral de cautela conferido aos magistrados, as medidas cautelares inominadas deixaram de ser apenas admitidas em caráter excepcional (como previa o CPC anterior), passando a se constituírem como regras, de acordo com a lição do artigo 297 do novo Código, permitindo ao juiz determinar quaisquer medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Justamente, não se vê empecilho à concessão da tutela provisória de natureza antecipada com base no poder geral de cautela, tal como justificado no julgado anterior, na medida em que esta se apresenta como modo de concretização do disposto no artigo 297 do Código.

Destaca-se, novamente, que, de acordo com o Enunciado 31 do FPPC, a respeito do art. 301 do Novo CPC, o poder geral de cautela está mantido no código atual.

A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, prevê em seu artigo 4º que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação. O dispositivo mencionado é utilizado corriqueiramente, por analogia, para antecipação dos efeitos da tutela de ofício.

Tratando-se de processo em que se aplique as Leis 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), entendemos que o Novo CPC também torna possível a concessão da tutela antecipada de ofício.

Isso se dá, pois, o Novo CPC, aplicado subsidiariamente às ações previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e na Lei da Ação Civil Pública (LACP), não mais condiciona a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte. Ademais, tanto o CDC quando a LACP, nos seus dispositivos próprios, não exigem o requerimento:

Código de Defesa do Consumidor: Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Lei da Ação Civil Pública: Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Independentemente de os dispositivos legais tratarem de “liminar”, hodiernamente não se deve fazer distinção entre essas e as medidas antecipatórias, pois ambas se inserem na categoria de tutelas de urgência. E foi nesse sentido que sustentou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1178500/SP, ao admitir a análise do requerimento sustentado com base nos artigos supramencionados (art. 84 do CDC e 12 da LACP) em cotejo com o artigo 273 do CPC/73, que tratava da tutela antecipada.

Assim, em interpretação aos artigos 300 do CPC, 84 do CDC e 12 da LACP, defende-se ser adequada a concessão da antecipação de tutela de ofício pelo magistrado.

Na mesma conjuntura, as normas de direito internacional aplicadas ao Processo Civil, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, reconhecem o direito a um prazo razoável e à proteção judicial, o que corrobora com o poder/dever do Magistrado de conceder a tutela antecipada de ofício, quando presentes os requisitos necessários, sob pena de responsabilização internacional do Brasil.

Não se intenciona proteger atos abusivos por parte do poder judiciário ou violações sistemáticas dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mas sim advogar no sentido de se permitir, ao magistrado, que, analisando o caso concreto, possa tomar a providência necessária com o fim de assegurar que, ao fim do processo, a tutela jurisdicional será efetivamente concedida a quem tem direito.

Sobre as medidas antecipatórias, não se pode desprezar que “são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição[23]”, repousando sobre elas precíua função constitucional.

Além disso, eventual concessão da tutela antecipada de ofício não viola o contraditório, porque tal direito constitucional será postergado para momento posterior (contraditório diferido), considerando a excepcional situação levada ao poder judiciário, que deverá agir com a finalidade de evitar grave prejuízo a um dos litigantes.

Em razão da sua provisoriedade, a tutela antecipada concedida, ainda que de ofício, poderá ser revogada ou modificada pelo próprio juiz a qualquer momento (artigo 296 do CPC), mediante simples requerimento. Poderá o prejudicado, ainda, valer-se do

recurso de agravo de instrumento (artigo 1.015, I, CPC) objetivando a revogação ou modificação. Denota-se, então, que a própria legislação prevê mecanismos processuais adequados para impedir prejuízos àquele lesado pela antecipação concedida de ofício.

De igual sorte, não se pode creditar a impossibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício com base na responsabilidade objetiva estatuída pelo artigo 302 do atual CPC, que, no seu *caput*, dispõe: “Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: [...]”. A posição topográfica do artigo 302 nos conduz a conclusão de que a regra de responsabilização será aplicada tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada, de modo que, se a concessão da tutela cautelar poderá ser realizada de ofício, não havendo grandes debates contrários, o mesmo se deveria permitir acerca da concessão da antecipação de tutela.

À parte beneficiada por eventual concessão de ofício da tutela antecipada é permitido, a qualquer momento, manifestar-se nos autos e, se desejar evitar o risco de responsabilização, pugnar pela revogação da medida. Embora aparentemente incongruente, o pedido de revogação da tutela de urgência realizado pelo beneficiado traduz a boa-fé e lealdade esperada de qualquer litigante, até porque não se pode admitir com normalidade o ajuizamento de “aventuras judiciais”, de forma que se espera que a aparência do direito e a gravidade levadas ao poder judiciário sejam compatíveis com a realidade.

Além disso, o Código de Processo Civil adota um modelo participativo, exigindo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6º, CPC).

Amparado nessas premissas, mesmo reconhecendo o extenso debate sobre a matéria, é possível admitir a concessão da tutela antecipada de ofício pelo juiz, prestigiando o novo modelo de processo e os anseios da sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, podemos concluir que:

a) O CPC dispõe, em seu artigo 300, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

b) Sob a égide do Código de Processo Civil revogado, de 1973, parte majoritária da doutrina e jurisprudência entendia ser vedada a concessão da tutela antecipada de

ofício, com base em uma leitura do artigo 273, *caput*, daquele Código, que condicionava a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial ao requerimento da parte.

c) O Código de Processo Civil atual, por outro lado, não condiciona a tutela de urgência ao requerimento da parte, mas silencia quanto à possibilidade de concessão de ofício pelo juiz. O texto legal assevera que “a tutela de urgência será concedida”, não esclarecendo ser a concessão a requerimento ou não da parte, como se previa no artigo 273, do CPC anterior.

d) Entendemos que o Novo CPC está amparado em um modelo constitucional de processo, que pretende garantir de maneira mais efetiva a entrega da tutela jurisdicional, assim como proteger com maior eficácia os direitos e garantias fundamentais, o que permite ao magistrado conceder a tutela antecipada de ofício, quer dizer, mesmo sem pedido expresso da parte, até porque o Código atual não exige, de forma expressa, tal requerimento.

e) Além disso, não pode o magistrado se distanciar dos fins sociais e humanísticos almejados pela sociedade unicamente com base em uma interpretação literal da norma.

f) Com efeito, a ausência de indicação expressa sobre o requerimento da parte para fins de concessão da tutela antecipada, assim como previa o CPC anterior, reflete a vontade do legislador ao atribuir ao poder judiciário, ainda que não provocado de modo expresso, o dever de conceder a tutela antecipada sempre que o caso concreto assim exigir e quando presentes os requisitos legais.

g) Essa concessão de ofício não viola o contraditório, porque tal direito constitucional será postergado para momento posterior. Igualmente, em virtude de sua provisoriedade, a tutela antecipada concedida, ainda que de ofício, poderá ser revogada ou modificada pelo próprio juiz a qualquer momento (artigo 296 do CPC), além de poder a parte prejudicada se valer do recurso de agravo de instrumento (artigo 1.015, I, CPC) objetivando a revogação ou modificação.

h) Também não se pode creditar a impossibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício com base na responsabilidade objetiva estatuída pelo artigo 302 do atual CPC, porquanto à parte beneficiada por eventual concessão de ofício da tutela antecipada é permitido, a qualquer momento, manifestar-se nos autos e, se desejar evitar o risco de responsabilização, pugnar pela revogação da medida, em manifesto ato de boa-fé e lealdade processual.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei 13.015/2015** – Novo Código de Processo Civil. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

BRASIL. **PL 8046/2020** – Novo Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

BRASIL. Diário processual online. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (até 2020)**. Disponível em <https://diarioprocessual.com/2020/05/19/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-fppc-ate-2020/>.

BRASIL. **Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>.

BRASIL. **Enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (2017)**. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, William dos Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Flexa, Alexandre; Macedo, Daniel; Bastos, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil, Temas inéditos, mudanças e supressões**. 2ª tiragem, Salvador: *JusPodivm*, 2015.

MACHADO JÚNIOR, Dário Ribeiro. **Novo Código de Processo Civil**: anotado e comparado: Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 8ª ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Processo de conhecimento no Novo CPC** (Lei n. 13.105/2015; Lei n. 13.256/2016 e PEC 209/2012). 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 123.

[2] FERREIRA, William dos Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 503.

[4] São hipóteses de dispensa de caução previstas no Artigo 521, do CPC: I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II - o credor demonstrar situação de necessidade; III - pender o agravo do art. 1.042; IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 10 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2018. p. 509/510.

[6] Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=737047&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 29 maio 2020.

[7] PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Processo de conhecimento no Novo CPC** (Lei nº 13.105/2015; Lei nº 13.256/2016 e PEC 209/2012). 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 146.

[8] Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68322773&num_registro=201602631031&data=20170202&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 03 jul. 2020.

[9] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339536354&ext=.pdf>. Acesso em 03 jul. 2020.

[10] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339536354&ext=.pdf>. Acesso em 03 jul. 2020.

[11] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. Único. 10 ed. São Paulo: *JusPodivm*, 2018. p. 89.

[12] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 55.

[13] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.

[14] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 58.

[15] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020. p. 466.

[16] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

[17] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 107.

[18] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 471.

[19] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 10 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2018. p. 509.

[20] *Ibidem*.

[21] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos especiais específicos**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11/12.

[22] Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 09 jul. 2020.

[23] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69.

REFLEXÕES SOBRE A HARMONIZAÇÃO DAS NOÇÕES DO JUSTO NOS PLURALISMOS JURÍDICOS

LETICIA REGINA ANÉZIO:

Professora de Direito; Assessora Jurídica na Prefeitura Municipal de Toledo –Mg; Bacharela em Direito, Especialista em Direito Público, Mestranda em Direito³⁴.

RESUMO: O presente artigo aborda a definição de pluralismo jurídico e levanta algumas das principais críticas entre a coexistência dos diversos sistemas e o direito Estatal, bem como aponta diversos conflitos que podem surgir no seio social multicultural quando do reconhecimento desses diversos sistemas jurídicos no que se refere à justiça, caso não haja uma certa convergência moral entre os povos. O artigo propõe com base na filosofia de Platão uma possibilidade de definição comum de justiça, capaz de harmonizar as diversas concepções existentes e a partir daí consagra o resgate do reconhecimento dos diversos sistemas jurídicos para uma coexistência organizada como meio de garantir às sociedades a aplicação do direito de modo mais equânime e justo.

Palavras chave: pluralismos jurídicos, direito, harmonia, justiça, equidade.

ABSTRACT: This article addresses the definition of legal pluralism and raises some of the main criticisms between the coexistence of different systems and State law, as well as pointing out several conflicts that may arise within multicultural society when recognizing these different legal systems with regard to justice, if there is not a certain moral convergence between peoples. The article proposes, based on Plato's philosophy, a possibility of a common definition of justice, capable of harmonizing the different existing conceptions and from there consecrating the rescue of the recognition of the different legal systems for an organized coexistence as a means of guaranteeing societies the application of law in a more equitable and fair way.

Keywords: legal pluralisms, law, harmony, justice, equity.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela compreensão da justiça é uma jornada que atravessa séculos e abrange uma variedade de pensadores e correntes filosóficas. Neste contexto, a presente pesquisa propõe uma análise das noções de justiça presentes no pensamento de

34 E-mail: leticiaanezioadv@gmail.com

Platão, notório filósofo grego cujas contribuições filosóficas continuam a ressoar nas discussões contemporâneas sobre ética e direito. Entrelaçando-se com esse diálogo, exploraremos as implicações dos pluralismos jurídicos na concepção moderna de justiça.

1.1 PLATÃO E AS FUNDAMENTAÇÕES DA JUSTIÇA

Platão, discípulo de Sócrates, dedicou extensa reflexão à justiça em suas obras, destacando-se principalmente em "A República". Na busca pela harmonia e ordem na cidade ideal, Platão delinea a teoria das três partes da alma – razão, espírito e apetite – conectando-as à estrutura da cidade justa. Para Platão, a justiça não é apenas a ausência de conflitos, mas a disposição harmônica e equitativa dos elementos da alma e da cidade.

A teoria das Ideias de Platão também desempenha um papel crucial na sua concepção de justiça. A ideia do Bem é central, sendo o paradigma que guia a ação justa. A harmonia social está intrinsecamente ligada à participação consciente na realização do Bem, e é nesse contexto que Platão formula sua visão de justiça como equilíbrio e ordem.

Ao saltarmos para o cenário jurídico moderno, deparamo-nos com a complexidade dos pluralismos jurídicos, uma realidade onde diferentes sistemas normativos coexistem em uma mesma sociedade. Essa diversidade normativa, muitas vezes associada a contextos culturais, étnicos e religiosos, questiona as noções tradicionais de uma justiça universal e homogênea.

Os pluralismos jurídicos têm sido objeto de discussões fervorosas nas áreas de filosofia política e teoria do direito. A aceitação e acomodação dessas diversidades normativas apresentam desafios significativos, mas também oportunidades para a construção de sociedades mais inclusivas e respeitadas.

1.2 OBJETIVOS DA PESQUISA

O objetivo central desta pesquisa é explorar como as noções de justiça delineadas por Platão podem dialogar e, de certa forma, serem reinterpretadas à luz dos pluralismos jurídicos contemporâneos. Como a visão platônica da harmonia na cidade justa se relaciona com a diversidade de sistemas normativos presentes em sociedades pluralistas? Como podemos reconciliar as ideias de uma justiça transcendental, proposta por Platão, com as demandas de justiça contextualizada em ambientes culturalmente diversos?

A partir destas indagações, delinaremos uma análise crítica, apoiada em referências filosóficas e jurídicas, visando lançar luz sobre os desafios e possíveis soluções no encontro entre as concepções antigas de justiça e a realidade contemporânea dos pluralismos jurídicos. Ao fazê-lo, aspiramos contribuir para a compreensão mais profunda e contextualizada da justiça em sociedades diversas e em constante transformação.

2. PLURALISMOS JURÍDICOS: CONCEITO E DESAFIOS

Primeiramente é necessário elucidar o óbvio: somos “povos”, exatamente assim, no plural, “povos”. E como povos somos diversos, em todos os aspectos possíveis, não existe e jamais existiu a mínima possibilidade de nos padronizar, a história nos mostra que não há molduras que possam prever as dinâmicas sociais.

Toda construção que objetivou unificar nossas formas de relacionamento e nosso modo de viver, no máximo alcançou como resultado, uma mínima organização social, entretanto, década após década essas construções sistemáticas se revelaram ineficientes pelo fato de minimizarem a relevância da dinâmica social. Foram diversas tentativas de regular as ações humanas e impedir a criatividade para que o poder e a dominação continuassem nas mãos de poucos.

Mas, organização social não é sinônimo de representatividade, e por essa razão as crises sociais se desencadeiam de maneira agressiva e caminham na contramão do que parece ser o grande objetivo, o de dominar povos.

O pluralismo jurídico exalta e reconhece o inevitável, não existe apenas uma única fonte de direitos. E isso é de uma obviedade tão grande, que existe a necessidade de continuarmos discutindo essa temática no século XXI. Quantos séculos serão necessários para que a humanidade aceite e respeite a sua condição plural?

O direito nasce como um mecanismo dentro das sociedades que objetiva alcançar resultados de ordem, justiça e harmonia entre os membros da sociedade.

Mas a pressão existente dentro dos grupos sociais para que seus interesses sejam atendidos supera qualquer tentativa de padronização, os povos falam, lutam, resistem e constroem, queiram ou não queiram os poderosos. E aqui se revela o pluralismo jurídico, pois é através desses movimentos que o Estado se vê obrigado a aceitar que não é o único poder que existe capaz de criar ou extinguir direitos, ele próprio é uma construção nascida dos povos, seu próprio poder emana do povo, ao menos é assim que deveria ser.

O pluralismo jurídico refere-se à coexistência de diferentes sistemas jurídicos dentro de uma mesma sociedade. Em contextos de pluralismo jurídico, além do sistema legal formal estabelecido pelo Estado, há reconhecimento de sistemas normativos informais, como costumes locais, tradições comunitárias e outras práticas normativas. Cada comunidade ou grupo pode seguir normas e regras específicas que, embora não sejam parte do sistema legal oficial, desempenham um papel na regulação do comportamento.

Essa diversidade de fontes normativas pode criar situações complexas, especialmente quando há conflitos entre os diferentes sistemas jurídicos. O pluralismo jurídico desafia a ideia de uma única fonte de autoridade legal e destaca a necessidade de abordagens flexíveis para a resolução de disputas e a promoção da justiça em contextos culturalmente diversos.

Desta forma, afirma Wolkmer (2018, p. 74-75) que:

A proposta de um pluralismo normativo (designado comunitário, participativo) configurado através de um espaço público aberto e partilhado democraticamente, privilegiando a participação direta da sociabilidade excluída e subalterna na regulação das principais instituições da sociedade, e permitindo que o processo histórico seja dirigido pela vontade e sob o controle das bases comunitárias. Esta tendência reitera-se, antes de mais, na certa propensão para ver o Direito como um fenómeno resultante das relações sociais e das valorações desejadas, para verificar como se pode estabelecer uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas que não são necessariamente estatais, para evidenciar uma legitimidade baseada nas “justas” exigências fundamentais da sociabilidade insurgente e, finalmente, abordando a instituição da sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa.

Aceitar o pluralismo jurídico pode ser benéfico por diversas razões, como promover a diversidade cultural, preservando a diversidade e as tradições de diferentes comunidades dentro de uma sociedade. Incluindo os povos através da participação de grupos que podem ter sistemas jurídicos próprios, permitindo que eles contribuam para a elaboração das normas que os afetam.

O pluralismo também possibilita uma adaptação mais eficaz às mudanças sociais, culturais e econômicas, respondendo de maneira mais ágil às necessidades da comunidade, além de promover a solução de conflitos de maneira mais eficaz dentro de comunidades específicas, proporcionando uma abordagem mais contextualizada e sensível contribuindo para uma justiça mais inclusiva, reconhecendo e respeitando as diversas perspectivas sobre o que é justo em diferentes contextos culturais e sociais.

Ao reconhecer e aceitar os sistemas jurídicos diversos, pode-se promover a coesão social, construindo pontes entre diferentes grupos e evitando tensões resultantes de imposições normativas unilaterais.

Reconhecer o pluralismo como realidade patente, é aceitar as condições impostas pelas dinâmicas sociais, é preservar a história, é assegurar representatividade, é cultivar a evolução, é finalmente entender que a diversidade e a criatividade é a base que constrói e reconstrói a espécie humana, Wolkmer assevera que:

O reconhecimento do pluralismo na perspectiva da alteridade e da emancipação revela o *locus* de coexistência para uma compreensão crescente de elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos. Em uma sociedade composta por comunidades e culturas diversas, o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade. (Wolkmer, 2018)

O direito é a própria sociedade, ele é o meio de alcançar a finalidade última que consiste em assegurar que todos tenham condições de se desenvolver como pessoas, somente assim os povos são capazes de contribuir para a continuidade da vida, de maneira menos danosa possível.

O pluralismo, portanto, reconhece as diversidades, e redefine o lugar de poder na sociedade, é a expressão dos povos, pauta-se na tolerância, na autonomia e o seu embate é contra o estatismo e o individualismo.

O grande problema pauta-se na discussão das possibilidades que conduz ao reconhecimento da justa satisfação das necessidades dos povos. Em outras palavras, uma grande problematização da temática pluralista é em atender as necessidades dos povos de maneira justa, considerando a diversidade no modo de ser e no modo de pensar.

Direcionar os interesses plurais a fim de que os resultados tragam de fato benefícios à sociedade como um todo é o grande desafio que queremos levantar, principalmente quando as sociedades não mais se reconhecem como integrantes de um grupo. As pessoas não se reconhecem como iguais, mesmo que apesar das desigualdades existentes, exista algo que as unifica: a condição humana. Esta que se encontra em estado degenerativo.

Em resumo, aceitar o pluralismo jurídico é reconhecer a complexidade e a riqueza das sociedades, promovendo uma abordagem mais holística e adaptável para a regulação social. Isso pode contribuir para uma convivência mais harmoniosa em sociedades culturalmente diversas.

Porém, ainda que reconheçamos a existência e o valor do pluralismo, nos caberá como sociedade, convergir sobre um lugar comum civilizatório, para que esse seja o ponto de partida rumo a uma sociedade minimamente satisfeita.

3. CONFLITOS NORMATIVOS ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS E OS PROBLEMAS DE JUSTIÇA

Diversos são os problemas que podem surgir entre os sistemas normativos, todavia, o que nos interessa é ressaltar os conflitos que podem surgir na busca pela justiça, considerando que esses diversos sistemas podem ter princípios e valores distintos.

A falta de harmonização pode levar a decisões contraditórias e principalmente injustas, podemos evidenciar esses fatos com uma breve análise sobre o artigo *The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique*. *Law & Society Review* (Santos, 2006, p. 44-47), de Boaventura de Sousa Santos, onde o autor relatou o caso do pluralismo jurídico existente na África.

Relembra Boaventura que como a África passou por diversos processos de transformação considerando a globalização neoliberal originada no Ocidente os estados que emergiram dos processos de independência tornaram-se estados desenvolvimentistas. Porém com existiam enormes diferenças entre eles, acima de tudo a diferença entre aqueles que adotaram o caminho capitalista e aqueles que adotaram o caminho socialista em direção ao desenvolvimento.

O novo modelo de desenvolvimento da África pressupunha um Estado suficientemente forte e eficiente para garantir uma regulação eficaz da economia e a estabilidade das expectativas dos agentes econômicos e dos atores sociais em geral. Os novos Estados que emergiram do colonialismo português em meados da década de 1970, após décadas de lutas de libertação, sofreram drasticamente as consequências da nova crise global. Imposições que segundo Boaventura, afetaram profundamente as tarefas mais básicas do estado representando um "Um Palimpsesto de Culturas Políticas e Jurídicas"

Portanto, o Estado-nação africano perdeu a centralidade e o domínio dos países emergentes.

Boaventura (2006) ilustra esses fatos com o caso de Moçambique, onde o estado acabou se tornando o grande problema da sociedade, por ser classificado como predatório e ineficiente e assim acabou sendo reduzido ao mínimo.

Sobre o caso de Moçambique, Boaventura assinala que a heterogeneidade da ação estatal reflete-se ela própria na ruptura total da já instável unidade do direito estatal, com a consequente surgimento de diferentes políticas e estilos de legalidade estatal, cada um

deles que opera com relativa autonomia. Em casos extremos, tal autonomia pode levar à formação de múltiplos microestados existentes dentro do mesmo estado.

Ele chamou essa nova formação política de “estado heterogêneo”. Que se caracteriza pela coexistência descontrolada de culturas políticas e lógicas regulatórias totalmente diferentes.

E ainda asseverou que, sob pressões muitas vezes contraditórias, os diferentes sectores da ação estatal estão assumindo lógicas de desenvolvimento tão diferentes e ritmos, causando desconexões e incongruências, que às vezes não é mais possível identificar um padrão coerente de estado ação, isto é, um padrão comum a todos os setores estatais ou campos de atuação estatal.

Boaventura nos mostra que o que existe em Moçambique é um pluralismo extremamente complexo e também desordenado, que demonstra uma espécie de anarquia jurídica, os problemas jurídicos e políticos são “resolvidos” sem nenhum tipo de padrão.

A grande questão que fica, é como harmonizar as divergências entre os valores que regem as pessoas que vivem em um mesmo ambiente somada a diversidade jurídica quando o assunto é a busca pela justiça.

Se o direito é uma construção do homem político, do ser social, e considerando, mais uma vez que são diversos os interesses existentes entre os cidadãos, é natural que as divergências e os desencontros entre esses interesses se colidam, afinal o que é que o direito irá tutelar, quais parâmetros serão utilizados, qual interesse de maior relevância?

Claramente, se faz necessário pactos para que haja civilidade na vivência entre as pessoas e justiça no direito. Deste modo, questiona-se: é possível aplicar o pluralismo jurídico de modo a harmonizar os interesses e assim ser construir um direito mais justo?

Essa dúvida é incomoda porque sem resolvê-la, jamais será possível conviverem um ambiente plural e harmônico, ou seja, nunca será possível distribuir o direito equanimente, muito pelo contrário, o pluralismo jurídico que atua em desarmonia com os valores da comunidade, por conseguinte em desarmonia com os demais sistemas normativos poderá desencadear muito mais problemas sociais, conflitos e injustiças como demonstrou-se tais possibilidades na ilustração de Boaventura (2006).

Resta claro que no contexto do pluralismo, alcançar justiça envolve reconciliar e integrar sistemas jurídicos, considerando a diversidade cultural, social e étnica. Portanto parece ser necessária uma abordagem flexível do próprio significado de justiça, no sentido

de compreender que diversas comunidades podem ter concepções distintas e ainda assim conviverem. O maior desafio, parece estar em estabelecer um equilíbrio para que seja promovida a coesão social e sem que ao mesmo tempo seja desrespeitada a autonomia dos sistemas e as necessidades divergentes.

Deste modo, nos próximos capítulos será apresentada uma reflexão sobre a possível harmonização da noção do justo advinda de Platão para que seja aberto diálogos no contexto pluralista sobre a integração equilibrada e ordenada de diferentes sistemas de valores e normas capazes de promover uma convivência percebida como equitativa e aceitável por toda a comunidade.

4.A JUSTIÇA EM PLATÃO

No diálogo mais extenso construído por Platão, a obra “República”, composta por dez livros escritos na forma de uma narrativa indireta, é possível evidenciar a utopia platônica, uma idealização de um projeto político que abrange uma complexidade de temas que irão se condensar ao longo do diálogo, o tema que nos interessa precipuamente é o tema da justiça.

Na obra em questão, Sócrates, o personagem principal, narra o que havia acontecido com ele no dia anterior. Ele inicia o diálogo dizendo que desceu ao Pireu para as festividades de uma deusa, essa deusa é Ártemis. Quando já estava indo embora ele é convidado por um amigo a ir à casa de um outro amigo. Então Sócrates inicia um diálogo com o seu anfitrião que é um estrangeiro em sua fase final da vida, já bem estabelecido em Atenas. Justamente por esse motivo Sócrates começa a conversar com ele acerca dos bens e dos males da velhice.

Esse amigo lhe afirma estar muito bem, e que essa fase da vida era muito boa porque nos livra das paixões e, portanto, era possível dedicar tempo ao estudo da filosofia, além disso, ele diz a Sócrates que pelo fato de ter adquirido dinheiro seria possível restituir ou reparar as injustiças que ele cometeu ao longo de sua vida.

Sócrates questiona ao amigo, se o que faria uma vida boa seria adquirir muito dinheiro. Já que ganhar dinheiro permitiria reparar os danos e realizar restituições, poderia então, ser esse o significado da vida boa? Seria isso que tornaria a vida justa ou a vida justa antecederia qualquer outra forma de vida, e a justiça seria a finalidade última da existência?

Para Platão, justiça possuía um significado amplo, como uma síntese de todas as virtudes, justiça consistia em viver de maneira adequada e virtuosa.

Essas questões são justamente os fios condutores que guiarão todo o diálogo da obra, a grande questão discutida é sobre a ideia e a definição de justiça.

Platão buscou então, definir o que seria a justiça e quais seriam as dificuldades para se definir esse conceito, e assim desenvolveu o diálogo.

A primeira definição de justiça apresentada na obra é realizada pelo personagem denominado Céfalo, o anfitrião, para ele, a justiça seria dar a cada um aquilo que lhe pertence.

Durante o diálogo, Sócrates aceita num primeiro momento essa definição, mas questiona e a refuta,

O que digo é o seguinte: na hipótese de alguém receber para guardar a armadilha de fogo de um amigo que se encontra ao seu juízo, e este, depois com manifesta perturbação de espírito exigir que lhe restitua, todo mundo concordará que não se deve devolvê-la e que não andaria direito quem lhe fizesse a vontade ou tudo contasse a um indivíduo em semelhantes condições. (Platão, 2000, p. 427-347)

Céfalo então lhe responderá que nesse caso não seria justo.

Portanto, a justiça não poderia necessariamente em todos os casos ser definida como “dar a cada um o que lhe é próprio”, então Céfalo constatará dificuldade e se retirará deixando a discussão com o seu filho, Polemarco.

Polemarco é a personagem quem dará a segunda definição de justiça na obra, para ele, justiça seria fazer bem aos amigos e mal aos inimigos.

Sócrates mais uma vez refutará essa definição argumentando que fazer o mal nunca seria compatível com a ideia de justiça.

Platão estabelece, portanto, uma ideia positiva sobre justiça, e assim sendo, para ele, fazer o mal seria incompatível com essa ideia, logo aquela definição restaria insuficiente.

Ao longo do diálogo aparece um outro personagem, esse personagem se chama Trasímaco, o qual oferecerá uma terceira definição de justiça, argumentando que a justiça seria a conveniência do mais forte, ou seja, a justiça seria uma produção que não seria um bem em si mesmo, seria simplesmente uma conveniência com uma utilidade que o mais forte faz valer conforme a ocasião.

Para tentar aprofundar o diálogo, Sócrates oferecerá o exemplo de alguém que seria um homem muito forte, um lutador de pancrácio, e aqui cumpre dizer, para fins de compreensão da linha de pensamento, que existia um mito de que os lutadores de pancrácio eram capazes de se alimentar com um boi inteiro por dia.

Então Sócrates concluirá, que se a justiça fosse a utilidade e a conveniência domais forte então para sermos justos, bastaria que devorássemos um boi por dia.

Trasímaco então, complementar a sua definição de justiça afirmando que elanão seria apenas a conveniência do mais forte, mas a máxima conveniência seria serinjusto, mas parecer justo, porque a vida do injusto vale mais a pena do que a do justo,porque o justo só se dava mal, e o injusto e sempre era bem sucedido. Trasímaco continuará dizendo que em todas as artes, ou seja, em todas as atividades humanas,o que as pessoas buscam é a utilidade, e dará o exemplo de um médico que cuida dopaciente porque ele deseja lucrar, ele, o médico não estaria preocupado com a saúde,portanto ele visaria a sua utilidade.

Sócrates refutará os argumentos apontando que cada arte visa uma finalidade própria e, portanto, a arte da medicina visaria à saúde, sendo assim, o bem seria justamente a realização de uma finalidade que já estria inscrita na própria noção da arte, a arte de lucrar seria outra arte. Portanto essa definição de justiça também estariaequivocada.

Sócrates, continuará a investigação na intenção de definir a justiça, porém o diálogo passa a ser realizado com outros dois personagens, Glauco e Adimanto.

Adimanto oferecerá uma nova provocação à Sócrates fazendo uma apologia da injustiça concordando com Trasímaco e Glauco vai defender essa mesma tese dizendo que é isso que a experiência nos mostra, que bastará olharmos e veremos que aquelas pessoas que agem segundo a sua própria conveniência sem nenhum critério sempre são mais bem sucedidas, e ainda acrescentará uma segunda questão,dizendo que na verdade nós por natureza não seríamos justos e tenderíamos a agir conforme a nossa própria conveniência ou a nossa utilidade, que só poderíamos ser justos e virtuosos se fossemos coagidos por medo de sermos punidos.

Nessa oportunidade Glaucon iniciará a narração do primeiro mito da Repúblicaque se trata da história do anel de Giges, e concluirá que se todos nós possuíssemos poder do anel de Giges agiremos da mesma maneira, ou seja de uma maneira tirânica, injusta, e questionará Sócrates sobre essa posição.

Sócrates responderá apontando que seria necessário ler em letras grandes para tentar posteriormente entender as letras pequenas, ou seja, para tentarmos definir o que é a justiça na alma de um indivíduo seria necessário ampliar o espectro e tentar definir justiça num plano maior num plano mais amplo, esse plano vai ser justamente o plano da cidade ideal.

Inicia-se portanto, a gênese da cidade, que se dá pelo fato de que as pessoasvão se agregar para satisfazer as suas necessidades básicas por uma série de mediações e juntos, os três personagens (Socrates, Adimanto e Glauco) vão chegar a três categorias na

cidade: A primeira classe seria a classe dos artesãos e dos comerciantes, a segunda classe a dos guerreiros que defendem a cidade e uma outra classe, seria a classe daqueles que serão chamados de guardiões que são justamente a classe governante da cidade.

A primeira grande discussão será acerca da educação nessa cidade a educação terá dois pilares: a ginástica e a música, que diz respeito às musas que não se tratava apenas do canto e da harmonia, tratavam-se, sobretudo da poesia (a poesia era uma base educacional na época de Platão, era pela poesia que as crianças aprendiam a ler e também por ela eles aprendiam os mais diversos mitos que faziam parte da tradição de uma determinada cidade ou região).

A definição oferecida por Platão, surgirá somente no livro 4 da obra, para ele, Justiça seria a harmonia entre as partes da cidade cada qual compreendendo a sua função.

A função de cada cidadão seria dada pela aptidão de cada indivíduo ao exercer as suas tarefas na cidade. Assim também aconteceria na alma do cidadão, porque a nossa alma assim como a cidade estaria dividida em 3 partes: uma parte racional, uma parte apetitiva ou responsável pelo desejo pelas emoções e uma parte que ele chamou de ímpeto essa seria a parte responsável pelas nossas ações.

A justiça na alma seria, portanto, a harmonia entre essas partes, uma alma harmoniosa seria aquela em que a razão cumpria bem a função de comando de coordenação e de educação das outras partes, sobretudo da parte desejante, afetiva.

Os interlocutores, Adimanto e Glauco, vão dizer que muitas coisas ficaram para trás e assim, aparecerão três grandes dificuldades que deverão ser resolvidas em relação a essa cidade ideal, são as três ondas que irão ser transpostas ao longo do diálogo, a primeira onda dirá a respeito da comunhão de bens entre aqueles que governariam a cidade, a segunda onda dirá a respeito da capacidade ou a igualdade entre os homens e as mulheres no que diz respeito tanto ao governo da cidade quanto à guerra e a terceira dificuldade (a mais famosa e a que mais nos interessa para proposta deste trabalho) dirá a respeito da tese de que a cidade não será justa enquanto os reis não forem filósofos ou os filósofos não forem reis.

Aqui se inicia o problema que é o da educação do governante, aquele que possui aptidão para governar deverá receber uma educação adequada para isso, e essa educação só poderá ser uma educação filosófica porque, segundo Platão, somente a educação filosófica poderá capacitar o governante a contemplar a ideia do bem, que é a ideia máxima existente no plano das ideias.

4.1 NOÇÃO DE JUSTIÇA EM PLATÃO COMO PROPOSTA HARMONIZADORA

Para Platão, a justiça é fundamentalmente uma proposta harmonizadora na sociedade, ela emerge quando cada indivíduo desempenha seu papel apropriadamente, contribuindo para o bem comum.

A harmonia ocorre quando há uma estrutura ordenada na sociedade, ele traz um conceito intrinsecamente ligado à ideia de cada parte cumprir seu propósito designado, buscando a harmonia e a estabilidade social.

Se trouxermos essa ideia para os dias atuais, poderemos observar que nossos governantes muitas vezes não cumprem exatamente o propósito para o qual foram designados, e assim como os governantes, o próprio povo deixa de cumprir o seu papel de cidadão.

Isso pode ocorrer quando a sociedade enfrenta divisões profundas, polarização extrema ou quando os interesses individuais prevalecem sobre os interesses coletivos. O que resulta em uma falta de coesão social e colaboração, levando a decisões e políticas que favorecem apenas determinados grupos, em detrimento do benefício geral.

A perda da noção do bem comum pode contribuir para a desigualdade, injustiça e fragmentação social, tornando desafiador alcançar objetivos compartilhados que promovam o bem-estar de toda a comunidade.

A sociedade está fragmentada, porque o homem não possui interesses comuns, não se percebe como um elo da corrente. Existe uma grande desconexão entre os homens que não tem lhes permitido compreender a sociedade em que vivemos. Tudo isso pode ser derivado de diversos fatores, como o avanço rápido da tecnologia, que ressignificou diversos conceitos, as mudanças sociais e culturais ou até mesmo a falta de diálogo, todos esses fatores podem ter resultado nessa dispersão do senso de humanidade.

Como falar em bem comum? Como poderemos encontrar coesão social e atingir justiça?

Hoje nossos princípios constitucionais beiram a utopia. Justiça, equidade, dignidade da pessoa humana, legalidade, proporcionalidade, não se fundam em mais nenhuma base ética, não existe a ideia de bem comum, e com isso, nosso sistema legal não possui integridade, porque a nossa sociedade está em crise de civilidade.

Todos estão correndo sem direção alguma, contemplando o bem individual, nossos fundamentos essenciais civilizatórios precisam urgentemente serem repensados.

E a justiça só poderá ser atingida quando cada cidadão souber exatamente qual é o papel que desempenha na sociedade, só haverá harmonia quando os indivíduos que

compõem a sociedade compreenderem a sua responsabilidade perante os demais, quando o cidadão tiver a consciência de que seus atos impactam no funcionamento do todo.

Platão estava certo ao dizer que justiça é a harmonia entre as partes da cidade cada qual compreendendo a sua função. Só haverá justiça quando todas as pessoas da sociedade tiverem as suas necessidades minimamente atendidas, quando o negro finalmente for tratado de maneira equânime ao branco, quando a mulher não for diminuída perante o gênero masculino, quando as minorias não forem mais massacradas e tratadas como subespécie, quando o político compreender que cada centavo apropriado desonestamente fará falta na distribuição das riquezas, e quando nós, cidadãos pararmos de culpar os outros por nosso próprio egoísmo e ignorância. Quando cada um dos cidadãos compreender qual é o seu papel dentro da sociedade que compõe, e for capaz de harmonizar todas as suas partes interiores, assim a sociedade compreenderá o que significa bem comum e estabelecerá uma comunidade regida por sistemas normativos plurais e harmônicos entre si.

4.2 UM DIREITO MAIS JUSTO COMO RESULTADO DA HARMONIZAÇÃO DE SISTEMAS NORMATIVOS

A busca humana objetiva um bem, esse bem talvez seja a sobrevivência, neste contexto, minimizar os danos da existência para que o homem sobreviva de maneira digna pode ser considerado um dos principais objetivos do direito.

A justiça, pode ser compreendida como a divisão equitativa de atividades sociais, recursos, oportunidades e encargos. Ou seja, para haver justiça, todos os cidadãos devem ser tratados como pessoas humanas, os recursos da sociedade, as oportunidades, e os encargos advindos dela devem ser distribuídos de maneira equitativa, cada parte da sociedade exercendo a sua função objetivando a evolução do todo.

Para que possamos construir, ou reconstruir nossas bases éticas será necessário convergirmos sobre pontos em comum, ainda que este seja apenas um lugar comum retórico.

Construir a ideia de bem comum impõe esforços para promover através do diálogo, a compreensão mútua e a colaboração em busca de objetivos que beneficiem a sociedade como um todo.

Precisamos reordenar a nossa sociedade, ressignificar nossas bases, repensar a sociedade compreendendo toda a diversidade existente, somente assim poderemos convergir sobre os valores que consideramos importantes de serem protegidos, e esses valores não podem mais serem tratados como imutáveis e passíveis de serem previstos.

A Justiça é uma construção que não pode ser engessada em um sistema rígido, porque ainda que compreendamos que justiça se equivale a realizar nossas funções como membro de um grupo social para proteger o bem comum, essas funções se alteram na medida em que a dinâmica social se movimenta.

Dentro do contexto do pluralismo jurídico, essas mudanças podem ser absorvidas, sem que exterminemos a cultura, e a diversidade. A sociedade pode alcançar representatividade constante já que o direito poderá caminhar ao lado das mudanças e se adequar às necessidades das comunidades.

O pluralismo jurídico pode desempenhar um papel significativo na harmonização social, desde que seja gerenciado de maneira eficaz e equitativa. Um sistema jurídico pluralista bem administrado pode oferecer mecanismos eficazes de resolução de conflitos, por considerar as diversas perspectivas e valores presentes na sociedade. Isso contribui para a harmonia social, evitando tensões decorrentes de divergências normativas.

Um sistema jurídico plural reconhece e respeita a diversidade dos diversos sistemas normativos em uma sociedade, o que é fundamental para criar um ambiente onde diferentes comunidades onde todos os grupos se sintam representados e respeitados, já que é permitida a inclusão ativa de comunidades na definição de suas normas.

A proposta pluralista é rica no contexto da cidadania ativa, pois promove um senso de participação e pertencimento, contribuindo mais uma vez para a harmonização social ao dar voz às diferentes identidades culturais e sociais.

Ao invés de criar divisões, um sistema jurídico pluralista bem gerenciado pode construir pontes entre diferentes comunidades, promovendo a compreensão mútua e facilitando a coexistência pacífica. E ao mesmo tempo em que respeita a diversidade, o pluralismo jurídico pode contribuir para a consolidação de valores compartilhados essenciais para a harmonização social, como justiça, equidade e respeito mútuo.

Portanto, o pluralismo jurídico, quando abordado de maneira cuidadosa e inclusiva, pode ser uma ferramenta valiosa para a promoção da harmonização social em sociedades culturalmente diversas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, convergir sobre um ponto em comum entre os homens, para que nos sirva de base para construção de todos os outros valores, é o ponto chave para a convivência equitativa e inclusiva nas comunidades diversificadas, acreditamos que esse ponto em comum seja a noção comum de justiça, ela é quem poderá nortear todas as outras atividades humanas.

Harmonizar as noções do justo no contexto do pluralismo jurídico é uma empreitada complexa, porém crucial, a coexistência de sistemas jurídicos múltiplos demanda abordagens que reconheçam a riqueza da diversidade cultural, mas também busquem pontos de convergência para uma compreensão compartilhada de justiça.

Ao enfrentar esse desafio, é imperativo desenvolver mecanismos eficazes de mediação, respeitar a autonomia de cada sistema jurídico e, ao mesmo tempo, buscar a consolidação de valores fundamentais que transcendam as diferenças.

A participação ativa dos cidadãos é crucial para garantir que essas estratégias sejam representativas e reflitam as aspirações coletivas.

Em última análise, a harmonização da noção do justo como base para o pluralismo jurídico não é uma questão normativa, mas uma busca pela construção de um ser humano e de ser cidadão. É uma busca para construir-se, equilibrando as partes que compõem a consciência de cada um, cumprindo a função de civilidade, compreendendo as nossas responsabilidades e conhecendo os direitos, os valores e obrigações pactuadas pela sociedade.

Essa jornada exige um comprometimento contínuo com o diálogo, a adaptação flexível e a promoção de princípios e valores compartilhados, e assim a sociedade seguirá pavimentando o caminho para uma: “cidade justa e harmoniosa”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Pluralismo juridico, 2018, p. 37-76.

PLATÃO, 427-347 a.C. *A República*; tradução de Carlos Alberto Nunes – 3. Ed – Belém: EDUFPA, 2000. p. 54.

SANTOS, Boaventura de Souza. *The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique*. Law & Society Review, 2006. 40(1), 39-76. Disponível em: <https://1drv.ms/b/s!AsiU2ClzeGhjhZRNjbSfXUBALXPBVw?e=beYEEj>

GROSSI, P. *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, trad. Clara Álvarez, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 65-111. Disponível em: <https://1drv.ms/b/s!AsiU2ClzeGhjhqFQphjNX1EJ6DlrBg?e=7DdenL>

VÁZQUEZ, Correas O. *El pluralismo jurídico*. Un desafío al Estado contemporáneo. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 41(168). <http://revistas.unam.mx/index.php/rmspys/article/download/49392/44434>

RACISMO DE COR E INJÚRIA RACIAL, CRIME PRÓPRIO?

JUSSARA TEODOSIO³⁵

RESUMO: A discriminação ou o preconceito racial se apresenta de diversas formas, e por vezes, não se resume a dicotomia “branco x negro”. Assim, o presente artigo busca trazer a reflexão conceitos e tipificações penais concernentes aos crimes de racismo e injúria racial, analisando o sujeito ativo no que tange a prática destes crimes.

Palavras-Chave: Injúria Racial. Racismo. Preconceito Racial.

ASPECTOS PENAIS

Em que pese, o empenho da sociedade, do legislativo e a imensa contribuição dos meios de comunicação em diminuir o preconceito racial, ainda há no Brasil um “ranço” escravocrata, uma fala camuflada e, às vezes, até inconsciente de um país colônia. O racismo continua sendo um cancro, no seio da sociedade, ainda em tratamento longo e dolorido.

Nessa perspectiva alguns considerações, sob o aspecto penal, do jurista e professor Guilherme Nucci:

Constitui poder-dever do Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituinte baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e, realmente, democrática. Desse modo, estabelece-se no art. 5º, XLII, da CF, que 'a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei' (...) Há, no entanto, por trás dessa disposição, um símbolo político-social, configurando uma das metas do Estado Democrático de Direito, qual seja a luta pela igualdade entre todos os brasileiros e a eliminação da discriminação e do preconceito, fatores de corrosão da estabilidade em qualquer sociedade civilizada. Independentemente, portanto, da eficiência e da utilidade dos requisitos idealizados, é fato ser o racismo um crime considerado

³⁵ E-mail: jussarateodosio@hotmail.com

grave, cuja punição precisa ser imposta pelo Judiciário, quando comprovado.³⁶

Nesse contexto, percebe-se que o artigo 140, §3º do Código Penal prevê a figura da injúria racial, com pena reclusão de 1 a 3 anos e multa, in verbis:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Nucci explica:

Trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo ("injuriar" implica ação) e, excepcionalmente comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, parágrafo 2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa se for plurissubsistente.³⁷

Veja que para a configuração da injúria, é imprescindível a presença do dolo de dano, consistente na vontade livre e consciente de ofender alguém, atribuindo-lhe características depreciativas. A consciência do ofensor também há de ser atual, ou seja, deverá existir no momento em que se dá a ação; do contrário, a injúria não poderá ser considerada como dolosa.

Por sua vez, a injúria qualificada, um dos objetos de estudo deste trabalho, foi inserida, somente em 1997, ao artigo 140 do Código Penal, por meio do parágrafo 3º, com a seguinte redação: "§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça,

36 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.854

37 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.854

cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”, as penas passam a ser de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e de multa.

Bitencourt afirma que para a configuração de injúria racial

[...]Faz-se necessária a consciência de que se está a ofender o decoro de outrem em razão de sua raça, cor, etnia, religião, origem ou condição física. Convém ressaltar que é indiferente se o ato de desprezo se consuma na presença do ofendido e é proferido diretamente a ele. Sendo assim, é plenamente cabível que o ofendido tome conhecimento da ofensa por intermédio de outra pessoa, ou até mesmo, por qualquer meio de comunicação, correspondência ou envio de mensagens que dispomos atualmente.³⁸

Ressalte-se que a injúria racial é a forma mais recorrente e mais perniciosa que o pensamento racista tem se apegado, pois ao invés de ter o tratamento de autêntica conduta racista – o que indubitavelmente ela é – por parte do aparelho repressor jurídico-penal, os que perpetram esse tipo de delito recebem o tratamento dispensado aos que cometem algum dos crimes contra honra (calúnia, difamação e injúria), ainda que de forma qualificada, o que parece ser insuficiente para a proteção do bem jurídico igualdade/dignidade da pessoa humana que a Constituição Federal de 1988 visa a proteger em seu art.5º,XLII.

Nesse contexto, importante destacar que, apesar de terem conceitos bastante semelhantes, o crime de injúria racial e racismo são diferentes. O primeiro é previsto no Código Penal Brasileiro, enquanto o segundo, previsto na Lei nº 7.716/1989. O crime de racismo atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça.

Em outras palavras, o crime de racismo implica em uma conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade, uma ação com maior amplitude. O referido dispositivo legal traz diversas condutas que caracterizam o delito, como recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros. Contudo, ambos os crimes, injúria racial e racismo, são inafiançáveis e imprescritíveis, como determina o artigo 5ª da Carta Magna e Código Penal, atualizado pela Lei 14.532/2023.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 23 Ed. Rev.São Paulo: Saraiva. 2017. P. 586

Nesse toar, cumpre frisar que para o Supremo Tribunal Federal (STF), a pena do crime de injúria racial e preconceituosa não afronta o princípio da proporcionalidade, consolidando o entendimento de que “se a um só tempo o fato consubstancia, de início, a injúria qualificada e o crime de racismo, há a ocorrência de progressão do que assacado contra a vítima, ganhando relevo o crime de maior gravidade, observado o instituto da absorção.³⁹” Em outras palavras, o crime de racismo (mais grave) absorve a injúria qualificada (menos grave).

Sujeito ativo do crime de racismo e injúria racial

Considerando a patente história do sofrimento do povo preto, conceitos e definições legais, chegamos ao ponto principal desse artigo, os sujeitos do crime de racismo e injúria racial. Investigado todo o histórico da sociedade brasileira a respeito da discriminação racial, predominantemente face ao preconceito de cor, a doutrina afirma que o racismo pode ser praticado por qualquer pessoa contra qualquer pessoa, ou seja, crime comum.

De forma específica, quando a pauta é racismo no Brasil, a maioria dos casos se opera em prática de pessoas brancas em face de pessoas negras. Entretanto isso é uma consequência de um resultado histórico de uma minoria branca privilegiada, por si só, pela cor da pele. Essa dicotomia é mais do que conhecida pela história do Brasil, porém a legislação penal, e até mesmo a constituição, não prevê as condições diferenciada do sujeito ativo deste crime. Não há definição legal da cor do autor do crime.

Dessarte, não há o que se falar em “racismo reverso”, racismo de preto contra branco, tampouco minimizar falas racistas de pretos contra pretos. Entendo que é compreensível, mas não justificável. Pelo contrário, diria que “o exemplo deve vir de casa”. Até porque, o crime tipificado no artigo 140 almeja tutelar a honra subjetiva, logo sua forma qualificada, o parágrafo 3º, tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações a sua honra subjetiva, contudo, deve-se sopesar todas as circunstâncias inseridas no tipo penal, a fim de se conferir sua tipicidade, posto que não se pode olvidar que ter a pele branca é, de imediato, um privilégio. Contudo, ter a pele preta ou, como diriam alguns, “parda”, não lhe confere isenção.

Nesse sentido o Juiz Federal, João Azambuja, no processo 003466-46.2019.4.01.3500 explica que:

[...] a tipificação do racismo tem o claro objetivo de proteger grupos sociais historicamente vulneráveis de manifestações de poder que

³⁹ STF, HC 109676/RJ Rel. Min. Luiz Fuz, 1º Turma, j. 11/03/2013.

objetivam subjugar-los socialmente, ideologicamente politicamente e negar a dignidade humana dos seus integrantes. O racismo no Brasil é fato histórico – pretérito e presente – social, decorrente, principalmente, da adoção do regime escravocrata como modo econômico de produção.⁴⁰

Dessa forma, surge o questionamento: uma pessoa negra pode praticar o crime de injúria racial contra outro negro? Na acepção jurídica do tema, a resposta é não. Não há impedimento legal, tampouco isenção, para que qualquer pessoa seja processada por crimes de cunho racial.

Thornhill, professor universitário americano, conhecido por ministrar aulas de como se comportar diante de situações que rotineiramente jovens negros americanos são submetidos, afirma que qualquer pessoa pode ter preconceitos raciais, mas o racismo é diferente do preconceito. Baseado em uma concepção colorista, somente os brancos podem cometer crimes de cunho racista, pois somente eles construíram um sistema que os permite gozar de vantagens na sociedade.⁴¹

No Brasil, como visto anteriormente, para se configurar crime de injúria racial, é necessário dolo específico de injuriar, se fazer valer de alcunha pejorativa e depreciativa.

Jurisprudência

Apesar de tal entendimento, a turma recursal da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um caso concreto, analisou o tema com um novo olhar, “trocando a lentes”, e manteve a sentença na qual absolve uma mulher acusada de injúria racial, após discutir com a vítima em uma festa, a chamando de “negra vagabunda”. Em juízo a ré reconheceu que já possuía desavenças com a outra mulher, por ciúmes do marido. O juízo ad quo entendeu, que conforme a prova oral produzida, não houve configuração do delito de injúria racial pois não houve a patente vontade de discriminar a outra em razão da cor, como o juiz ressaltou, a própria ré, embora tenha pele mais clara, se declara negra, o que tira todo o sentido e conteúdo de eventual ofensa racial.

1ª VARA DA COMARCA DE JAGUARÃO – RIO GRANDE DO SUL – JUIZ
PROLATOR – MAURÍCIO DA ROSA ÁVILA – PROCESSO COM

40 AZAMBUJA. João. Juiz Federal. **Processo nº 0003466-46.2019.4.01.3500 – 11º Vara Goiania.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-racismo-reverso.pdf>. Acesso em 20/03/2020.

41 FARJADO. Luis. **Professor americano que diz que só brancos podem ser racistas e dá aula sob escolta policial.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43010117>. Acesso em 20/03/2020.

SEGREDO DE JUSTIÇA – NATUREZA PRECONCEITO DE RAÇA OU COR (LEI 7716/89).

O feito tramitou regularmente, com a observância de todas as formalidades legais, estando isento de nulidades. Donde presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, assim como ausentes preliminares a enfrentar, passo ao exame da pretensão condenatória e das teses defensivas. A materialidade restou comprovada pelo registro de ocorrência (fl. 05/06), pela palavra da vítima e pelas declarações prestadas em juízo (fl. 44). Quanto à autoria, entendo que esta restou comprovada. A ré V. P. P., em seu interrogatório (fl. 58) negou a prática delitiva e relatou que possuía desavenças anteriores com a vítima pela fato de esta ter ciúmes do marido. Que encontrou a ofendida no banheiro, mas não discutiram. Já registrou ocorrências contra M.. Não teria encontrado esta no banheiro. A vítima M. D. D., em suas declarações (fl. 44), confirmou que a ré lhe chamou de negra vagabunda no banheiro do Bailão, onde havia um monte de gente que presenciou o ocorrido. Que brigou fisicamente com a ré por causa de homem, no passado, não guardando ressentimento de tal situação. As testemunhas Y. e Z. , em suas declarações (fl. 44), confirmaram o fato, relatando que a vítima estava vomitando no banheiro do Bailão, quando a ré chegou por trás e proferiu a expressão “agora te achei negra vagabunda” (sic). Após, os seguranças da festa chegaram e não viram mais nada. Não viram se houve confronto físico. A testemunha W. declarou não saber nada sobre o ocorrido (fl. 44). Diante da prova oral produzida durante a instrução processual verifico que, considerando-se o delito objeto da imputação – injúria racial -, não houve o especial fim de agir exigido pelo tipo penal e consistente na vontade de discriminar outrem em decorrência da cor, raça, religião, etc, pois neste delito não basta apenas que o agente profira palavras de cunho discriminatório, mas sim que o termo seja utilizado para humilhar, consistindo, desse modo, condição para qualificar suposta inferioridade da raça. Por conseguinte, não está configurado, no caso presente, o delito de injúria racial, tendo a parte ré proferido insulto, com intuito de simples xingamento, advindo de má relação que as partes já possuíam antes da ocorrência. Foi possível extrair-se das declarações da vítima e testemunhas, bem como do interrogatório da ré, que M. e V. já possuíam desentendimentos anteriores por outras questões de somenos importância. O xingamento referido na

denúncia, além de não ter fim precípuo de atingir a honra subjetiva, não trouxe consigo elemento de discriminação de raça, até por que, como pode ser constatado do CD de áudio (fl. 58), a própria denunciada se auto declara negra, o que tira todo o sentido e conteúdo de eventual ofensa racial. Isso demonstra ausência na vontade da parte ré do elemento subjetivo específico exigido pelo tipo penal, que é o fim sério de ofender e menosprezar a raça. De modo que, entendo que a conduta da acusada é atípica por ausência tanto do elemento da injúria simples (atingir honra alheia), como do especial fim de agir acima referido, merecendo improcedência a denúncia. Isso posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e, por consequência, ABSOLVO a ré V. P. P. das sanções do artigo 140, § 3º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, incisos III, do Código de Processo Penal.⁴²

Veja, que tal entendimento colabora com a concepção de que um negro não comete o crime de injúria racial contra outro negro, por justamente não haver caracterização do dolo de discriminação ou depreciação.

CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo principal analisar a possibilidade de configuração de crime de injúria praticados por negros em face de outros negros, em outras palavras, trazer a debate se de fato há ou não monopólio acerca do sujeito ativo ou passivo do delito.

Repise-se que a discriminação no Brasil ainda não foi extirpada. Ela foi criminalizada, nominalizada, exposta, ganhou mais engajamento, conscientização e resistência ao branqueamento, mas não olvidemos que ao longo dos séculos a população de ancestralidade africana, mormente no Brasil, sofre uma grande crise de identidade. A história mostra que antes somente o branco era o detentor do capital intelectual e financeiro: símbolo de poder.

Pergunto-me, será que a intelectualidade e/ou a riqueza, e/ou a fama, transladada em poder retira a empatia? Seja qual for sua cor? Uma pessoa preta pode praticar o crime de injúria racial contra outra de mesma cor? Racismo de cor e injúria racial, podem ser considerados crimes próprios?

⁴² Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-modificada-injuria-racial-rs.pdf>. Acesso em 12/05/2020

Dessa forma, entende-se que nada impede que uma pessoa preta ofenda a dignidade de alguém, quer branco, quer preto, porém a configuração de crimes de cunho racial precisa ser analisada além de uma concepção prática, devendo-se recorrer a teoria colorista, tendo em vista todo o histórico e construção social acerca da sobreposição do sistema branco/negro.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Felipe. **África, números do tráfico atlântico**. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 60.

AZAMBUJA, João. Juiz Federal. **Processo nº 0003466-46.2019.4.01.3500 – 11º Vara Goiania**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-decisao-racismo-reverso.pdf>. Acesso em 20/03/2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 23 Ed. Rev. São Paulo: Saraiva. 2017.

CAETANO, Anelise Rodrigues. A Injúria Racial como crime de racismo para fins constitucionais: um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da abrangência do conceito de racismo. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/192591/TCC%20ANELISE%20-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03/03/2020

CALIXTO, Clarice Costa. **Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049/4263>. Acesso em 03/03/2020.

CHAGAS, Inara. **Racismo como é estruturado**. Disponível em <https://www.politize.com.br/racismo-como-e-estruturado/>. Acesso em 20/03/2020

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. 1998. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77655/139612.pdf?sequence=1>

FARJADO, Luis. **Professor americano que diz que só brancos podem ser racistas-e dá aula sob escolta policial**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43010117>. Acesso em 20/03/2020.

MATTOSO, Kátia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil** : tradução James Amado. – São Paulo : Brasiliense, 2003.

MOORE, Carlos. **Racismo e Sociedade**: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte : Mazza Edições, 2007

MOURA, Clóvis. **Brasil: raízes do protesto negro**. São Paulo : Global Ed. 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. **Racismo e Injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça de São Paulo – São Carlos** : UFSCar, 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos. Disponível em <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/6726?show=full>. Acesso em 05/03/2020

STF, HC 109676/RJ Rel. Min. Luiz Fuz, 1º Turma, j. 11/03/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806249/habeas-corpus-hc-109676-rj-stf/inteiro-teor-112280013>. Acesso em 20/01/2022.

A URGÊNCIA DECORRENTE DO ÔNUS DO TEMPO E A NECESSÁRIA IDENTIFICAÇÃO DA “RATIO DECIDENDI” DO TEMA 988 PARA NEGAR OU NÃO SEGUIMENTO A EVENTUAIS RECURSOS INTERPOSTOS COM BASE EM HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ART. 1.015 DO CPC.

RAPHAEL LEANDRO SILVA:

Mestrando e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura - EPM.⁴³

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar brevemente o instituto do agravo de instrumento conforme novas regras estipuladas pelo Código de Processo Civil (“CPC”) para ingressar, então, em análise mais aprofundada acerca de seu conteúdo, de modo a permitir, ao final, conclusão acerca da necessidade da correta identificação da “ratio decidendi” decorrente do entendimento consignado pela Min. Relatora Nancy Andrighi quando da definição do tema 988 (REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT), segundo o qual *“o rol do art. 1.015 é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento em hipóteses diversas daquelas previstas inicialmente pelo legislador quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”*, de modo a evitar a inadmissibilidade indevida de recurso e, por consequência, a prolongação desnecessária do processo, garantindo-se ao jurisdicionado a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Hipóteses de cabimento. Taxatividade. Mitigação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to briefly analyze the institute of the interlocutory appeal according to the new rules stipulated by the Code of Civil Procedure (“CPC”) in order to then enter into a more in-depth analysis of its content, so as to allow, in the end, a conclusion about the need for the correct identification of the “ratio decidendi” resulting from the understanding consigned by Reporting Justice Nancy Andrighi when defining theme 988 (REsp 1696396/MT and REsp 1704520/MT), according to which “the list of art. 1.015 is of mitigated taxability, which is why it admits the filing of an interlocutory appeal in hypotheses other than those initially provided for by the legislator when there is urgency arising from the uselessness of judging the issue in the appeal”, in order to avoid the undue

43 E-mail: raphassl@yahoo.it e/ou r.silva@marquesdonega.com.br

inadmissibility of an appeal and, consequently, the unnecessary prolongation of the process, guaranteeing that the court will obtain, within a reasonable time, the full solution of the merits, including the satisfactory activity.

Keywords: Civil Procedural Law. Instrument Record. Fitting hypotheses. Taxation. Mitigation.

1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor, em 2016, do Código de Processo Civil, houve significativa inovação no que diz respeito ao recurso de agravo de instrumento, agora previsto no art. 1.015 e seguintes, na medida em que o mencionado recurso deixou de ter como objeto toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo, conforme antes previsto no art. 522 do CPC/73, o que levou a exclusão da figura do agravo retido, mediante alteração do regime das preclusões.

Extrai-se da "exposição de motivos do código de processo civil"⁴⁴ que "*O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa*".

Nota-se, assim, que o legislador entendeu por bem limitar as hipóteses de cabimento do referido recurso, por certo, na tentativa desonerar o jurisdicionado do ônus do tempo no processo, que não raras às vezes ficava com o seu trâmite suspenso por anos aguardando o julgamento de eventual recurso de agravo – muitas vezes interposto em caráter protelatório pela parte contrária –, em detrimento da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/83 e, também, no art. 4º do CPC/15, consistente no direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Assim, optou-se, em regra, que qualquer decisão judicial que não se enquadrasse nas hipóteses previstas no art. 1.015 não poderia ser impugnada mediante agravo de instrumento, devendo a questão ser suscitada em preliminar de apelação, a teor do disposto no art. 1.009 do CPC.

Todavia, nem sempre a legislação consegue prever todas as hipóteses para sua incidência, de modo que, passando a vigorar as novas regras do Código de Processo Civil, os operadores do direito deparam-se com situações que não se enquadravam previstas

⁴⁴ https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf - link acessado em 29/11/2022.

nas hipóteses legais, mas que tinha aptidão de causar grave prejuízo e de difícil reparação para a parte.

Iniciou-se, aqui, grande discussão na doutrina e jurisprudência acerca da natureza do rol contido no art. 1.015 do CPC e na possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento tendo por objeto decisões que não constassem expressamente no rol do referido artigo.

E, assim sendo, o presente artigo terá por objetivo indicar, brevemente, as correntes que inicialmente surgiram acerca do tema, para então analisar o conteúdo da decisão proferida pelo E. STJ quando do julgamento, em sede de recursos repetitivos, dos recursos REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT, dos quais originou-se o tema 988, de modo a demonstrar a impossibilidade da correta identificação de sua "ratio decidendi", evitando-se, assim, o não conhecimento de recursos interpostos com base apenas na tese fixada e a prolongação desnecessária dos processos.

2.DO ART. 1.015 E DAS TESES ACERCA DE SEU ROL

Conforme se extrai da leitura do art. 1.015 do CPC, "*Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre*":

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Ocorre que, como dito acima, nem sempre a legislação consegue prever todas as hipóteses para sua incidência, de modo que, não raras as vezes, os operadores do direito deparam-se com situações que não se enquadram nas hipóteses previstas no rol acima, razão pela qual teve início grande debate entre os doutrinadores, o que permitiu o surgimento de inúmeras teses acerca da taxatividade ou não do rol contido no art. 1.015.

A primeira tese que convém dar destaque é aquela defendida, dentre outros professores, pelo Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno⁴⁵, segundo a qual:

“A melhor compreensão é a de entender taxativa a enunciação, não obstante ser viável (e desejável) dar o máximo rendimento às hipóteses nela previstas, como forma adequada de atingir à inequívoca opção legislativa decorrente não só do CPC de 2015, mas também das (não poucas) reformas operadas no CPC de 1973 a respeito do tema.

Para esse fim, é fundamental ler cada um dos incisos do dispositivo levando em conta o verbo “versar” constante de seu caput, o que resulta, sem necessidade de qualquer analogia ou artifícios hermenêuticos, dar sentido mais amplo à grande maioria das hipóteses previstas nos incisos daquele dispositivo.”

Já os professores doutores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁴⁶ defendem que:

45 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – volume 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos* - 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 631.

46 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – vol. 2*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 557.

“A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das hipóteses em que o agravo de instrumento pode ser conhecido. Isso não quer dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos. (...) O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação”.

Por sua vez, os professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁴⁷, trilham o entendimento de que *“(...) há quem defenda a aplicação extensiva das regras contidas no art. 1.015 a esses casos. Mas não parece ser essa a solução adequada. Por mais criticável que sejam algumas das hipóteses “esquecidas” pelo legislador, não é dado ao intérprete flexibilizar um critério de cabimento que se pretendeu verdadeiramente restritivo”*.

Por fim, há, ainda, entendimento defendido pelo Prof. Dr. William Santos Ferreira⁴⁸ – o qual serviu, inclusive, de base para construção da tese que deu origem o tema 988 -, segundo o qual:

O interesse recursal é representação da utilidade + necessidade, em que, na lição de Barbosa Moreira, “o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida” (utilidade) e ainda “que seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (necessário).

O processualista ainda destaca que na utilidade para sua compreensão deve se empregar uma ótica prospectiva e não retrospectiva “a ênfase incidirá mais sobre o que possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado... daí preferimos aludir à utilidade, como outros aludem, como fórmula

47 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 574.

48 FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in *Revista de Processo* nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203

afim, ao proveito e ao benefício que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente”.

(...)

No sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação.

Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se interesse recursal, sendo este não apenas um requisito do recurso sem o qual não é admissível, mas também é um direito do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento. Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação

3.DA “RATIO DECIDENDI” DO TEMA 988 FIXADO PELO E. STJ.

Quando do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, a Corte Especial do STJ optou por adotar, por maioria de 07 votos a 05, com as devidas adequações, aquela defendida pelo prof. Dr. William Santos Ferreira, chegando-se a seguinte tese:

“O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a

urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

Para firmar a tese, houve necessidade de se indicar, inicialmente, que *“(...) as metanormas do processo civil (...) permitem que esta Corte possa exercer amplo controle acerca da mais adequada interpretação que se deva conferir aos dispositivos legais de índole processual existentes no sistema, tratando-se a hipótese em tela um emblemático exemplo dessa obrigatoriedade”*.

Não por outro motivo que *“(...) a exposição de motivos do anteprojeto do CPC e os inúmeros posicionamentos manifestados pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal durante a tramitação do projeto de lei, revelam que pretendeu o legislador restringir a utilização do recurso de agravo de instrumento, conclusão da qual não se pode se afastar”,* mas que *“o estudo da história do direito também revela que um rol que pretende ser taxativo raramente enuncia todas as hipóteses vinculadas a sua razão de existir, pois a realidade normalmente supera a ficção e a concretude torna letra morta o exercício de abstração inicialmente realizado pelo legislador”*.

Assim sendo, concluiu-se que *“(...) a urgência que justifica o manejo imediato de uma impugnação em face de questão incidente está fundamentalmente assentada na inutilidade do julgamento diferido se a impugnação for ofertada apenas conjuntamente ao recurso contra o mérito, ao final do processo”*.

Entendimento esse que deveria ser analisado, ainda, conforme lecionado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁴⁹, *“(...) em conformidade com a mais contemporânea concepção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, embora inicialmente concebido como o mero exercício do direito de ação, passou a incorporar também o direito à tutela jurisdicional e de efetivo acesso à justiça, de modo a “alcançar também a plena atuação das faculdades oriundas do processo e a obtenção de uma decisão aderente ao direito material, desde que utilizada a forma adequada para obtê-la”*.

Dito isso, concluiu-se, de forma simplificada, que diversas seriam as *(...) situações urgentes não contempladas pelo legislador e que, se examinadas apenas por ocasião do recurso de apelação, tornariam a tutela jurisdicional sobre a questão incidente tardia e, conseqüentemente, inútil (...)*”.

⁴⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 85

Não por outro motivo que *“(...) justamente para evitar as idas e as vindas, as evoluções e as involuções, bem como para que o veículo da tutela jurisdicional seja o processo e não o retrocesso, há que se ter em mente que questões que, se porventura modificadas, impliquem regresso para o refazimento de uma parcela significativa de atos processuais deverão ser igualmente examináveis desde logo, porque, nessa perspectiva, o reexame apenas futuro, somente por ocasião do julgamento do recurso de apelação ou até mesmo do recurso especial, seria infrutífero”*.

Assim, foi proposto e acatado ao final do julgamento, a tese de que *“(...) a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações”,* de modo que deve-se reconhecer que *“o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.”*

Todavia, tal entendimento não se mostrou suficiente para sanar, ainda que minimamente, o problema outrora existente, talvez em razão da ausência de melhor definição do que poderia ser considerado como **“inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação”**, já que os Tribunais não costumam identificar, quando da aplicação do tema ao caso concreto, a *“ratio decidendi”* – que, segundo os Profs. Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni⁵⁰, é identificada mediante a *“(...) a perfeita identificação dos elementos fáticos e jurídicos inerentes à fundamentação da decisão (...)”*, na medida em que a *ratio* não é regra geral e abstrata, ela *“está sempre ligada ao contexto fático analisado pelo tribunal.”*

4.DO PROBLEMA CAUSADO PELA NÃO IDENTIFICAÇÃO DA “RATIO DECIDENDI” PARA APLICAÇÃO DO TEMA 988.

Imagine, agora, o seguinte caso: uma concessionária de rodovia injustamente sancionada por suposto inadimplemento contratual propõe, visando ver reconhecida a ocorrência de hipótese excludente de culpabilidade prevista expressamente em contrato, depois de devidamente intimada, a produção de prova documental complementar e técnica simplificada, com vistas a comprovar a impossibilidade de conclusão da obra no prazo inicialmente previsto e, por consequência, a configuração de hipótese excludente de

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recurso repetitivo: tese jurídica e ratio decidendi. Revista de Processo, vol. 296, p. 183-204, out. 2019

culpabilidade (força maior), tendo em vista que o ritmo das obras foi diretamente afetado pelas chuvas ocorridas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2015 e janeiro de 2016, que superaram a média pluviométrica histórica.

Para surpresa da referida concessionária, o Juiz de Primeiro Grau limita-se a proferir decisão deferindo, tão somente, a juntada de novos documentos, mas indeferindo, em contrapartida, a produção da prova técnica simplificada, sob o argumento de que **o impacto das chuvas na obra exige mais do que mera opinião técnica sem análise mais profunda por profissional habilitado**, ou seja, o referido magistrado entendeu que a questão posta nos autos era complexa, razão pela qual demandaria a produção de prova técnica mais robusta do que aquela pleiteada pela Concessionária, **contudo deixa de determinar a sua produção, em que pese o quanto disposto no art. 370 do CPC.**

Opostos embargos de declaração visando sanar os vícios existentes, estes restaram rejeitados, não tendo a concessionária outra opção senão a interposição de recurso de agravo de instrumento invocando, de modo a permitir a seu processamento e posterior julgamento, a aplicação do Tema 988.

Para tanto, sustentou que restava caracterizada, *in casu*, a urgência e, por consequência, a possibilidade de aplicar a taxatividade mitigada ao referido Agravo de Instrumento, uma vez que, caso não lhe fosse permitido rediscutir o equivocado entendimento firmado pelo MM. Juiz *a quo* – certamente sofreria dano de difícil ou incerta reparação, já que seria prolatada sentença sem a produção de prova indispensável, tal como reconhecido pelo Juiz “a quo” para demonstração do quanto alegado, em clara ofensa ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o Tribunal de Justiça tivesse que prover o recurso interposto, prologando, ainda mais a discussão, ante a clara nulidade da sentença a ser prolatada, em clara ofensa ao quanto disposto no art. 4º do CPC e no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Todavia, o Des. Relator ao analisar o recurso se limitou a sustentar, para justificar o seu não processamento, a ausência de situação de urgência ou irreversibilidade no caso vertente, em que pese já houvesse entendimento fixado pelo mesmo Tribunal em linha com o quanto defendido pela Concessionária, a exemplo da ementa transcrita abaixo:

INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL - Agravo de instrumento - Rol do artigo 1015 do CPC de taxatividade mitigada - Falecimento dos contratantes originários - Hipótese em que os recorrentes não têm outro meio de demonstrar suas alegações, senão mediante a produção da prova técnica - Não produção que implicaria em cerceamento probatório, que poderia ensejar nulidade do julgamento a ser evitada – Decisão reformada - Agravo de

instrumento provido para admitir a requisição dos extratos pleiteados e a realização da prova pericial mediante adiantamento dos honorários periciais pelos recorrentes que pediram a produção de tal prova. (Agravo de Instrumento nº 2104280-27.2019.8.26.0000, Des. Relator: Mendes Pereira, 15ª Câmara de Direito Privado, DJe: 13/08/2019)

Nota-se, assim, que a não aplicação do tema 988 ao caso em questão decorre da ausência de observância dos fundamentos da decisão proferida pelo E. STJ quando do julgamento dos recursos REsp 1696396/MT e REsp 1704520/MT (repetitivos), a qual, nos termos do art. 927 do CPC, caracteriza-se como indenizador jurisprudencial, cuja observância é obrigatória, pois, conforme afirma Cassio Scarpinella Bueno⁵¹, *“o caput do dispositivo, ao se valer do verbo “observar conjugado no imperativo afirmativo, insinua que não há escolha entre adotar e deixar de adotar as diferentes manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos quando o caso, na perspectiva fática, o reclamar.”*

E não poderia ser de outra forma, pois, conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁵², *“O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório”*. Nesse sentido, esclarecem os preclaros autores que *“O precedente pode ser identificado com a ratio decidendi de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como holding do caso. A ratio decidendi constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”, em igual sentido são os ensinamentos da Prof. Teresa Arruda Alvim⁵³, ao afirmar que a ratio decidendi é a parte da decisão que de fato vincula, é a proposição de direito extraída do julgamento, o core da decisão.*

Todavia, ao assim agir, verifica-se que o Tribunal de Justiça desconsiderou, por completo o entendimento esposado pela Ministra no sentido de que *“(...) a urgência que justifica o manejo imediato de uma impugnação em face de questão incidente está fundamentalmente assentada na inutilidade do julgamento diferido se a impugnação for ofertada apenas conjuntamente ao recurso contra o mérito, ao final do processo”,* exatamente para evitar *“(...) as idas e as vindas, as evoluções e as involuções, bem como para que o veículo da tutela jurisdicional seja o processo e não o retrocesso, há que se ter*

51 BUENO, op. cit. 404.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – vol. 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 669/670.

53 ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso extraordinário e recurso especial e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 189.

em mente que questões que, se porventura modificadas, impliquem regresso para o refazimento de uma parcela significativa de atos processuais deverão ser igualmente examináveis desde logo, porque, nessa perspectiva, o reexame apenas futuro, somente por ocasião do julgamento do recurso de apelação ou até mesmo do recurso especial, seria infrutífero”.

É inegável, nesse sentido, que a decisão da forma como proferida imputa ao jurisdicionado o ônus pela prestação da tutela jurisdicional, em clara afronta ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88 e arts. 4º e 6º do CPC), visto que, conforme mencionado, em caso de provimento do recurso a ser interposto pela concessionária, o feito retornaria à primeira instância para reabertura da fase probatória para realização da prova pericial reconhecida expressamente pelo MM. Juiz de Primeiro Grau como imprescindível para solução da lide.

Dessa forma, ainda que tal questão pudesse ser suscitada em posterior recurso de apelação é certo que não surtiria o mesmo efeito prático da apreciação imediata no momento processual cabível, em total desconformidade com as normas fundamentais do processo civil.

Aqui jaz a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação – apta a justificar a incidência do Tema 988 à hipótese narrada acima-, já que os ônus já terão sido suportados pelas partes, sendo impossível reverter os seus efeitos e o reestabelecimento dos “status quo ante”.

O tempo é o único bem irrecuperável. Não é passível de ser adquirido. Uma vez ‘perdido’, os efeitos são irreversíveis. O tempo é um ônus *no* e *do* processo contra o qual o Estado/juiz precisa lutar para amenizar, ao máximo, seus deletérios efeitos.

Exatamente por este motivo que o tempo de tramite do processo há muito representa uma preocupação. A conscientização a respeito dos possíveis prejuízos decorrentes da duração dos processos, trouxe como resultado a introdução da **garantia fundamental da razoável duração do processo**, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, insculpida no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que, segundo leciona Cassio Scarpinella Bueno⁵⁴, significa que “(...) a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços (...)”.

Não por outro motivo que o Código de Processo Civil elegeu, como objetivo primordial, a diminuição do tempo no processo, prometendo às partes uma solução

⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil* – 12ª ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 165.

integral do mérito, incluindo a atividade satisfativa (arts. 4º55 e 6º56), razão pela qual impõe ao juiz velar por tal direito (art. 139, II), sob pena de ser cível e regressivamente responsabilizado (art. 143, II).

Importante destacar que não se trata de mera declaração. É uma norma vocacionada à garantia de um direito fundamental: a duração razoável do processo. Direito fundamental sem garantia, é o mesmo que não ter direito. Do que adiantaria o direito fundamental de ir e vir, sem a garantia do *habeas corpus*, do direito líquido e certo, sem a garantia do mandado de segurança; o direito ao assecuramento de conhecimento de informações relativas à pessoa, sem o *habeas data* etc.

Essa mesma norma de garantia tem potencial fundamentalidade na exata medida em que foi inserida no Capítulo I, destinado às normas fundamentais do processo civil, as quais têm por finalidade orientar a todos seu propósito de compromisso com os direitos fundamentais, tanto que reproduzem aquelas previstas na Constituição.

O que fortalece a ideia de que toda aplicação das normas previstas no Código de Processo Civil deve, obrigatoriamente, seguir essa orientação inicial de comprometimento integral com os direitos fundamentais. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige, no mesmo plano, normas (arts. 4º, 6º, 7º e 8º do CPC) e técnicas processuais (a exemplo do julgamento parcial de mérito e das tutelas de urgência) que assegurem às partes a razoável duração do processo.

Torna-se inegável, portanto, que a decisão da forma como proferida acaba por imputar ao jurisdicionado o ônus pela demora na prestação da tutela jurisdicional, em clara afronta ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88 e arts. 4º e 6º do CPC), visto que o feito, conforme mencionado, em caso de provimento do recurso a ser interposto pela concessionária, retornaria à primeira instância para reabertura da fase probatória para realização da prova pericial reconhecida expressamente pelo Juiz de Primeiro Grau como imprescindível para solução da lide.

5.CONCLUSÃO

Conforme indicado acima, com a entrada em vigor, em 2016, do Código de Processo Civil houve significativa inovação no que diz respeito ao recurso de agravo de instrumento, agora previsto no art. 1.015 e seguintes do referido "Códex", na medida em que o referido recurso deixou de ser cabível em face de toda e qualquer decisão proferida

55 Art. 4º As partes têm o direito de obter **em prazo razoável** a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (grifo nosso)

56 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, **em tempo razoável**, decisão de mérito justa e efetiva. (grifo nosso)

no processo, conforme antes previsto no art. 522 do CPC/73, o que levou a exclusão da figura do agravo retido, mediante a alteração do regime das preclusões.

Tais alterações tiveram por finalidade, claramente, diminuir o número de recursos interpostos, permitindo, assim, que os processos em 1ª Instância tramitassem com maior celeridade. Todavia, grande celeuma criou-se acerca do rol contido no art. 1.015 do CPC.

Visando colocar, digamos assim, um fim na discussão, o E. STJ entendeu por definir, quando do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, a tese referente ao tema 988, segundo o qual: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

Todavia, verificou-se, na prática forense, a aplicação equivocada do referido tema pelos Tribunais, que passaram a utilizá-lo de forma irrestrita e sem a devida análise exigida pelo art. 489, § 1º, VI, do CPC, com o nítido propósito de barrar o processamento e consequente julgamento daqueles recursos cujas decisões não estivesse devidamente identificadas no rol do art. 1.015 do CPC.

Porém, ao analisar o teor das decisões que negavam a aplicação do tema 988, é de fácil percepção que a inaplicabilidade decorre da ausência de identificação pelos julgadores da “ratio decidendi”, ou seja, dos fundamentos que de fato deram origem ao tema fixado, permitindo, assim, seja verificado, com a segurança necessária, que aquele tema se aplica ou não ao caso.

Logo, o que se tem, na verdade, que nada adianta, no contexto do civil law, aprofunda-se em pesquisar acerca da força vinculante dos precedentes como uma possibilidade de garantir a previsibilidade das decisões judiciais, sem que antes haja o devido preparo dos magistrados para entender a sua sistemativa e importância para o ordenamento jurídico, de modo a garantir a segurança jurídica, tal almejada pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), permitindo, assim, uma maior previsibilidade da prestação jurisdicional e, por consequência, o respeito que o Poder Judiciário tanto merece.

6. BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recurso repetitivo: tese jurídica e ratio decidendi. Revista de Processo, vol. 296, p. 183-204, out. 2019

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso extraordinário e recurso especial e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 189.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil – volume 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos - 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – vol. 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito processual civil: vol. 1, parte geral. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 85.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf - link acessado em 29/11/2022.