

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1077

(Ano XIV)

(26/03/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, 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**: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

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

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

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



**As formas de ingresso no serviço público**  
*Benigno Núñez Novo, 07.*

### ARTIGOS

**Ações contra os entes públicos para a aquisição de medicamentos, segundo a jurisprudência do STJ e STF**

*Erivando Joter da Silva, 12.*

**Acesso à educação: efetividade ou apenas positivação no ordenamento pátrio?**

*Letícia Rodrigues dos Santos, 27.*

**Regularização fundiária: aplicação do programa essa terra é nossa - "CO VY ORE RETAMA" no Estado do Tocantins**

*Juliane Oliveira Portilho, 46.*

**Responsabilidade penal da pessoa jurídica**

*Juliana Barreto de Carvalho Amorim, 59.*

**A aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no contrato de concessão comercial de veículos automotores**

*Eder Jose Pacheco, 79.*

**Limitações constitucionais ao poder de tributar: análise das imunidades tributárias**

*Edimara Aparecida dos Santos Duran, 92.*

**Mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher**

*Lorrana da Silva Carneiro, 107*

**A proteção dos atos de tortura perante o sistema penitenciário**

*Eder Jose Pacheco, 125.*

**A ampliação do parque urbano dona clara para áreas adjacentes ao Aeroporto da Pampulha: um esboço conceitual para futuro Parque Linear do Ribeirão Pampulha, Belo Horizonte, MG**

*Vagner Luciano de Andrade e Flávio Moreira da Silva, 148.*

**O diálogo competitivo como nova modalidade de licitação criada pela lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**

*Antônio Carlos Rodrigues Aragão Filho, 179.*

**A cobertura da fertilização in vitro pelos planos de saúde**

*Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 192.*

**Os atributos das agências reguladoras: a busca por uma definição com o auxílio da lógica**

*Joana Schmidt Artes, 214.*

**O sistema de precedentes do CPC 2015 e a independência judicial**

*Daniel Carneiro Machado, 231.*

**Foro por prerrogativa de função na jurisprudência da Suprema Corte: mudanças relevantes e panorama atual**

*Ana Laura Alves de Souza, 260.*

**O regime de juros de mora e correção monetária nas condenações contra a Fazenda Pública a partir da Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021**

*Antônio Carlos Rodrigues Aragão Filho, 281.*

## AS FORMAS DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca e Instituto Universitário do Rio de Janeiro, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo realizar um breve estudo sobre as formas de ingresso no serviço público. Serviço público é toda atividade administrativa ou de prestação direta e indireta de serviços à população, exercida por um órgão ou entidade da administração pública ou pela iniciativa privada. As formas de ingresso no serviço público podem variar de acordo com as classificações dos cargos públicos, já que cada um conta com uma estrutura de admissão que segue critérios específicos. As formas de ingresso no serviço público: servidor público; empregado público; comissionado; estagiário; terceirizado; temporário e agente público. Conforme previsto no Art. 37 da Constituição Federal, para se candidatar a um emprego público, no entanto, os interessados devem ser aprovados em concurso público. Por outro lado, existem diversas categorias e classificações distintas das ocupações públicas.

**Palavras-Chave:** Formas; Ingresso; Serviço; Público.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo realizar un breve estudio sobre las formas de ingreso al servicio público. Se entiende por servicio público toda actividad administrativa o la prestación directa e indirecta de servicios a la población, realizada por un órgano o entidad de la administración pública o por el sector privado. Las formas de ingreso al servicio público pueden variar de acuerdo a las clasificaciones de los cargos públicos, ya que cada uno tiene una estructura de admisión que sigue criterios específicos. Formas de ingreso a la función pública: servidor público; empleado público; oficial; interno; subcontratado; agente temporal y público. Según lo previsto en el artículo 37 de la Constitución Federal, para postularse a un empleo público, sin embargo, los interesados deben aprobar un concurso público. Por otro lado, existen varias categorías y clasificaciones distintas de ocupaciones públicas.

**Palabras Clave:** Formas; Admisión; Servicio; Público.

## **Introdução**

Serviço público é toda atividade administrativa ou de prestação direta e indireta de serviços à população, exercida por um órgão ou entidade da administração pública ou pela iniciativa privada.

As formas de ingresso no serviço público podem variar de acordo com as classificações dos cargos públicos, já que cada um conta com uma estrutura de admissão que segue critérios específicos. As formas de ingresso no serviço públicos podem se dar das seguintes formas: servidor público; empregado público; comissionado; estagiário; terceirizado; temporário e agente público.

O objetivo do presente trabalho foi um breve estudo sobre as formas de ingresso no serviço público devido a relevância dessas categorias no que concerne à prestação de serviços à população.

## **Desenvolvimento**

Quais são as formas de ingresso no serviço público?

### **Servidor público**

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Servidor público em sentido amplo, são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos".

Um servidor público é um funcionário da administração pública, que possui um vínculo de trabalho com órgãos que fazem parte do Estado. Quem quer se tornar um servidor público deve, em primeiro lugar, ser devidamente aprovado em concurso público conforme estabelecido pela legislação em vigor. Dentre as vantagens da carreira destaca-se a estabilidade na função, após período probatório, exceto quando há falta grave comprovada por meio de processo administrativo disciplinar ou sentença judicial. Exemplos: analista previdenciário do INSS e fiscal do IBAMA.

### **Empregado público**

O empregado público é aquele locado em corporações associadas à Administração Indireta, como os correios e agências estatais bancárias, por exemplo. Assim como ocorre com o servidor, o empregado público deve ser aprovado em concurso e até goza de direitos como a estabilidade, já que não pode ser dispensado por qualquer motivo. Entretanto, a principal diferença entre os dois cargos passa diretamente pelo regime de trabalho. Enquanto o servidor público segue as diretrizes do regime estatutário, o

empregado público atua em empresas privadas ou de economia mista e tem suas regras estabelecidas nos moldes da CLT. Exemplo: Caixa, Banco do Brasil, Petrobras.

### **Comissionado**

Também chamado de cargo de confiança, o servidor em função comissionada ocupa uma posição de livre nomeação, ou seja, não precisa ser aprovado em um concurso público. Contudo, a ele não é garantido o direito de estabilidade, logo, pode ser dispensado sem justificativa. Exemplos comuns desse tipo de ocupação são ministros, diretores e secretários que desempenham papel como “homens de confiança” do Governo.

### **Estagiário**

Estagiários ocupam posições temporárias no serviço público; no caso, são vagas destinadas a universitários. Sua admissão se dá por meio de processo seletivo de acordo com as regras do órgão competente. O estágio no setor público é uma alternativa interessante para os graduandos adquirirem experiência profissional. A modalidade é oferecida por órgãos governamentais, empresas estatais, tribunais e outras entidades do segmento. As oportunidades nesse sentido são bastante variadas. Além da atuação na estrutura administrativa, existem vagas em áreas especializadas, como bancos públicos, assistência social, assessoria jurídica, serviços de saúde e imprensa oficial.

### **Terceirizado**

Outra modalidade de ocupação de função no serviço público é por meio da contratação de empresa prestadora de serviço que, por sua vez, é escolhida mediante licitação pública. Em termos práticos, o colaborador não está diretamente vinculado ao órgão público, porém, exerce uma função na Administração Pública. Nesta modalidade, a principal forma de ingresso leva em consideração os termos de contratação estabelecidos pela empresa terceirizada.

Bons exemplos de atividades-meio são aquelas do setor de limpeza, segurança, transporte, manutenção predial e de equipamentos, recepção, terceirização de portaria, etc. Essas são funções importantes dentro de qualquer ambiente de trabalho, mas não exercem influência sobre a atividade pela qual a empresa existe, ou seja, o trabalho em si.

Contudo, com a nova lei da terceirização (13.429/2017), a regra mudou. Agora é possível a terceirização de atividade-fim e também de outras pessoas jurídicas no serviço público. Mas há ressalvas nessa contratação.

Não é possível terceirizar no serviço público atividades que envolvam a tomada de decisão, coordenação, supervisão, controle de órgãos, planejamento e outras funções consideradas estratégicas. Ou seja, não é possível terceirizar as funções mais importantes



dentro dos órgãos públicos. No entanto, existe a possibilidade de contratação de equipe terceirizada para auxiliar e dar apoio à essas funções, como auxiliares de fiscalização e serviços terceirizados bombeiro civil.

## **Temporário**

São aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público. Assim como estagiários e terceirizados, servidores temporários não têm um vínculo direto com os cargos públicos. Além disso, essa ocupação é por tempo limitado, como o próprio nome sugere. Por regra, é caracterizada pela necessidade de ocupar determinada posição de interesse público por tempo pré-determinado. Conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX, o servidor temporário é admitido por meio de processo seletivo simplificado, tendo em vista que não há tempo hábil para o preenchimento da vaga via concurso público, já que isso demanda um tempo maior para a realização das diferentes etapas do processo seletivo previsto pela Carta Magna.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

## **Agente público**

Um agente público é aquele indivíduo que exerce função em entidades públicas, porém, podem ocupar cargos efetivos ou comissionados. Nesse sentido, ele também pode ser definido principalmente por livre nomeação ou designação, dispensando-se, portanto, a realização de concurso público para provimento da vaga.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do Estado, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado".

O **agente político** é aquele investido em cargo público por meio de eleição, nomeação ou designação. Quem são exemplos disso? Os chefes do Poder Executivo em geral, os membros do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os ministros de Estado e os secretários das unidades da federação. É importante



dizer que eles não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar que é próprio dos servidores públicos estatutários, pois eles têm regime próprio de responsabilização.

Os **agentes delegados**, que são particulares que têm a responsabilidade de exercer uma atividade específica. É o caso de empresas contratadas para fazerem, por exemplo, uma obra. Já os **agentes honoríficos** são profissionais não contratados pela administração públicas, mas exercem, temporariamente, uma função para o Estado. É o caso dos mesários, de membros do tribunal do júri, entre outros. A outra espécie de agente público é a do **agente credenciado**. Eles são pessoas que representam o Estado em alguma circunstância. Aqueles que representam o Brasil em algum evento internacional.

## Conclusão

O serviço público, é aquele prestado à população por pessoas habilitadas. Portanto, para uma gestão pública eficiente é fundamental contar com o suporte de servidores que são facilitadores em todo esse processo.

Conforme previsto no Art. 37 da Constituição Federal, para se candidatar a um emprego público, no entanto, os interessados devem ser aprovados em concurso público. Por outro lado, existem diversas categorias e classificações distintas das ocupações públicas, seja tanto por meio de cargo público efetivo, comissionado, de carreira, vitalício ou isolado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 17ª edição, São Paulo, 2004, Ed. Atlas, Pág. 431.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 11ª edição, São Paulo, 1999, Ed. Malheiros.

## **AÇÕES CONTRA OS ENTES PÚBLICOS PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF**

### **ERIVANDO JOTER DA SILVA:**

Formado em Direito pela UFCE e pós-graduação em Tributário pelo CERS e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Pró-Minas. Atualmente servidor público federal (PRF)

**RESUMO:** A saúde é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal e corolário da dignidade da pessoa humana. A consecução desse direito se dá por meios de ações preventivas e curativas. Daí a importância do Sistema Único de Saúde e do sistema de dispensação e protocolos de tratamentos e terapêuticas, o que inclui o fornecimento de medicamentos aos cidadãos. Diante disso, o trabalho se propôs a realizar um estudo da jurisprudência do STJ e STF quanto ao assunto e concluiu ser necessário registro do medicamento na Anvisa para que o Estado seja demandado judicialmente quanto aos fármacos que estão fora da lista do SUS. Além disso, o Estado não pode fornecer medicamentos, em regra, não aprovados pela Anvisa, exceto quando tiver a importação e uso autorizados ou quando a Anvisa estiver em mora num pedido de registro. Ademais, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento *off label*, ou seja, fora da bula, segundo os usos autorizados pela Anvisa.

**Palavras-chave:** saúde; direito fundamental e dignidade da pessoa humana; medicamento; autorização da Anvisa; uso *off label*.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A obtenção da medicação por meio da judicialização; 3. Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS; 4. Fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa; 5. É possível obrigar o estado a fornecer medicamento *off label*?; 6. Medicamento sem registro na Anvisa, mas com a importação autorizada; 7. Conclusão; Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O texto da Constituição Federal de 1988, no seu art. 196, consagra o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, por meio de ações e políticas de caráter econômicas e sociais que visem à redução do risco de doença e outros agravos, destacando o seu acesso universal e igualitário, seja por intermédio da promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, destacam Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 941-942) que o direito à saúde possui vinculação direta com a dignidade da pessoa humana que é titularizado por toda pessoa nacional ou estrangeiro que aqui esteja. Nessa senda, é um direito que possui caráter fundamental, com referência aos direitos sociais de segunda geração, repercutindo no mínimo existencial do indivíduo. Portanto, destacam os autores que o mencionado direito possui uma carga principiológica consagrada na Carta Magna.

Essas ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada em que se constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). Esse sistema é financiado pelos recursos da seguridade social, com o aporte de recursos sobretudo da União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Nesse esteio, conforme destacam Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 942) as ações dos entes públicos devem ser voltadas para as ações preventivas e reparativas, com o destaque para o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, como forma de concretização do princípio da isonomia. Destarte, os poderes públicos agem concedendo prestações materiais e jurídicas para a promoção e proteção à saúde. Nesse ponto, há o destaque do julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) para a impossibilidade de diferença de classe.

Quanto a esse assunto, o STF reconheceu a constitucionalidade da Portaria nº 113/1997 que proíbe a diferença de classe, com relação à vedação de acomodações superiores, assim como atendimento diferenciado por médico do SUS ou conveniado, com o pagamento da diferença pelo usuário, consoante entendimento sufragado pelo Corte Suprema no RE 581488/RS, com Repercussão Geral reconhecida, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 03/12/2015.

Em continuidade, impende mencionar que, além do Estado, conforme o art. 199, § 1º, da CF/88, integra a rede na forma complementar do SUS as instituições privadas, mediante convênio ou contrato de direito público, com preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Nessa senda, segundo Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 942), um dos temas imbricados na seara da saúde é a fixação de critérios para a adjudicação de medicamentos. Diante disso, os autores mencionados destacam que, quando se tratar de prestação incluída no SUS é direito subjetivo do cidadão à política pública requerida. Situação diversa quando se pleiteia uma prestação diversa daquela incluída no SUS, situação segundo a qual pode ser decorrente omissão legislativa ou administrativa, decisão administrativa em não a fornecer e vedação legal à sua dispensação.

Para traçar esses parâmetros, os citados autores tiveram como base a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (medicamento de alto custo não contemplado nos Protocolos e

Diretrizes Terapêuticas do SUS). Nesse sentido, o que ficou delineado foi que o fato de o medicamento ser de alto custo não impede, por si só, o seu fornecimento pelo Poder Judiciário quando se busca atender a população acometida com enfermidades raras para as quais não há tratamento disponível no SUS.

O segundo ponto destacado na Suspensão de Tutela, trata-se da situação em que há uma decisão administrativa para o não fornecimento da prestação quando houver evidências científicas suficientes para autorizar. Nesse caso, prefere-se conceder o tratamento já ofertado pelo SUS em detrimento de outro tratamento sem comprovação científica requerido pelo paciente. Nessa senda, prefere-se o atendimento da população em geral a conceder em uma demanda que comprometeria financeiramente o já combalido SUS. Esse entendimento não é hermético, pois se possibilita de forma excepcional a concessão de medicamentos, tendo vista que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis.

Nesse esteio, é possível que o Poder Judiciário determine a implementação de tratamento diferente, assim a Administração Pública pode fazer de ofício quando restarem comprovadas a especificidade do organismo, assim como a ineficácia do tratamento fornecido ou a impropriedade da política de saúde. Entretanto, nesse caso o ônus da prova recai sobre o autor.

Outra situação peculiar diz respeito ao fato de o Poder Público não dispor de tratamento para determinada patologia. Entretanto, mesmo nessas situações, deve-se verificar se o tratamento disponível é experimental ou sem comprovação científica. No primeiro caso, sem comprovação científica e medicamento não testado, o Estado não poderá ser condenado a fornecê-lo.

Em contrapartida, em relação à segunda opção, quanto ao medicamento não testado e sem protocolo clínico não pode significar violação ao princípio da integralidade, diante da falta de opções no sistema público, de forma que pode ser objeto de impugnação judicial, quando restar demonstrado que o medicamento é indispensável ao tratamento, cabendo a parte o ônus probatório para que o magistrado possa conceder alguma medida cautelar.

Já em relação à vedação legal à dispensação de medicamento no SUS, é possível a aquisição do fármaco que não esteja incluso entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo sistema, desde que haja registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), uma vez que essa é medida necessária e suficiente para testar a segurança do fármaco, considerada como o primeiro requisito para incorporação na lista. Portanto, é a agência que detém a *expertise*, não cabendo ao Poder Legislativo atuar para conceder a liberação do registro, de forma genérica e abstrata, assim permitir a distribuição de medicamento, conforme já decidiu o STF.

Em referência ao último tema, é indispensável mencionar o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016 na ADI 5501/DF, relator Ministro Marco Aurélio. Essa lei autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, mas conhecida como pílula do câncer em pacientes com neoplasia maligna, mesmo sem comprovação da eficácia, dos estudos conclusivos dos efeitos colaterais, e o que é pior, sem a aprovação da Anvisa.

Conforme os comentários do *site* Dizer o Direito, para o STF, tal medida violava a separação dos poderes, uma vez que o Poder Legislativo estava atuando de forma genérica e abstrata, ao arrepio da legislação que estatui ser atribuição da Anvisa controlar a distribuição de substâncias químicas, seguindo os protocolos científicos e com aparato técnico especializado, sob a supervisão do Poder Executivo. Portanto, a liberação depende de rigoroso crivo científico, repelindo o desengano, o charlatanismo e efeito prejudicial ocasionado por medicação sem controle científico.

Ademais, além da referência à CF/88 e à Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, é imperioso lembrar que o art. 19-T da Lei nº 8.080/90, a qual regula as ações e serviços de saúde – sobretudo do SUS –, asseverando que é vedado as esferas de gestão do SUS o pagamento, desembolso ou ressarcimento de medicamento de uso não autorizado pela Anvisa, assim como o reembolso, a dispensação, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa, conforme os incisos I e II do mencionado artigo.

Como já destacado, o Poder Judiciário pode determinar não só a aquisição de medicamento, mas também pode determinar a Administração Pública a manter quantidade mínima de medicamento em estoque. Segundo o STF, no RE nº 429903/RJ, informativo nº 752, conforme comentários no buscador Dizer o Direito, não há violação a separação dos poderes, tampouco ingerência do Poder Judiciário na gestão de verbas públicas. Nesse sentido, a interferência é pontual a fim de evitar a falta de medicamentos no estoque, ocasionado graves prejuízos aos pacientes graves que dependam do fármaco de uso contínuo.

Em arremate, como ensina o professor e juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante, o SUS é baseado em 03 (três) importantes princípios: universalidade, equidade e integralidade. O primeiro garante o atendimento a toda e qualquer pessoa. Já o segundo, significa que os serviços de saúde são ofertados em todos os níveis de acordo com a necessidade e complexidade. Por sua vez, a integridade releva que o Poder Público deve buscar as ações de saúde que resultem promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, o fornecimento de medicamentos inclui-se na concretização desses princípios.

Nesse esteio, o presente trabalho tem como propósito revisitar a jurisprudência do STJ e do STF no que pese o fornecimento de medicamentos e a parametrização para a concretização dessa política pública de saúde por meio de decisão judicial.

## 2.A OBTENÇÃO DA MEDICAÇÃO POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO

*A priori*, destaque-se que, segundo Lenza (2022, p. 2.267-2.268), é responsabilidade solidária de todos os entes a concretização de medidas de promoção e prevenção à saúde, sobremaneira quando se trata de fornecimento de medicamentos. Para cumprir esse desiderato, menciona o Tema 593 da Repercussão Geral no RE nº 855.178/MG. Em seguida, destaca que, tratando de medicamento de alto custo solicitados judicialmente, o Estado não é obrigado a fornecê-lo, não havendo previsão do fármaco na lista de dispensação do SUS, mas adverte que, em situações excepcionais é possível ser concedido, cuja temática ainda está pendente de decisão pelo STF.

Igualmente, a autor citado indica o Tema 793 da Repercussão Geral no RE nº 855.178/SE, que embora a responsabilidade seja de todos os entes, deve-se o magistrado se ater também aos critérios e regras de repartição de competências e, portanto, determinar o ressarcimento do ônus financeiro para aquele que suportou o ônus da decisão com o custeio, uma vez que os tribunais não admitem o chamamento do ente co-responsável. Entretanto, tratando-se de ações que buscam o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa necessariamente devem ser propostas em face da União em razão de demora da entidade federal analisar o pedido de registro feito anteriormente (RE nº 657.718/MG, Relator Alexandre de Moraes).

Nesse sentido, destaca-se que é de competência comum dos entes federativos o cuidado com a saúde e assistência pública (art. 23, II, da CF/88), a ser financiada por todos eles (art. 195, *caput*, CF/88). Ademais, traz-se o destaque do art. 7º, XI, da Lei nº 8.080/90, em que se assevera a necessidade de conjugação dos recursos humanos, financeiros, tecnológicos a fim que a prestação solidária da saúde entre os entes para a execução se der de maneira exitosa. Entretanto, a intervenção de terceiro na forma de chamamento ao processo não é cabível, o que só irá protelar a solução da causa, conforme entendimento do STJ, no REsp 1203244/SC, Tema 686 do Recurso Repetitivo, informativo nº 539, retirado dos comentários do buscador Dizer o Direito.

Ademais, para a concessão do medicamento pelo Estado, é possível a judicialização com base em prescrição de médico particular que não componha os quadros do SUS, ou seja, não há obrigatoriedade que o profissional seja vinculado ao SUS, conforme o entendimento da 2ª Turma STS, no REsp 1794059/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/04/2019. Nessa toada, urge destacar o Enunciado nº 15 da I Jornada de Direito da Saúde organizada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNJ) que destaca o que deve constar no laudo:

Enunciado 15: As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum



Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

Outro assunto palpitante em relação à temática diz respeito à possibilidade de bloqueios de valores públicos para o fornecimento de medicamento em contraste com a previsão do art. 100, *caput* e § 2º, da CF/88 e à alegação de ilegitimidade passiva dos entes. Para o assunto, Lenza (2022, p. 2.272) menciona que a proposta de Súmula Vinculante (PSV nº 4/2008) de lavra do Defensor Público-Geral Federal sobre a temática está sobrestada, aguardando o julgamento do RE nº 566.471/RN, o qual teve a sua Repercussão Geral reconhecida, suspendendo milhares de processo no país.

Todavia, há julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispondo que é permitida a imposição de multa diária (astreintes) a ente público para compeli-lo a fornecer medicamento a pessoa desprovida de recursos financeiros, como forma de obrigação de fazer. Nesse aspecto, é inteligência do art. 537 do CPC/2015, segundo o qual a multa independe de requerimento da parte, então, pode ser estabelecida de ofício pelo juiz, tanto durante o processo de conhecimento (decisão provisória ou sentença) ou o processo de execução a fim de tentar vencer a recalcitrância, conforme o comentário no *site* Dizer o Direito sobre o informativo nº 606 do STJ.

Na mesma toada, o STJ detém posicionamento que o juiz pode determinar inclusive o bloqueio e o sequestro de verbas públicas em caso a parte ré descumpra decisão judicial de determina o fornecimento de medicamentos como medida eficaz e suficiente, conquanto tenha a decisão possui fundamentação adequada. Esse posicionamento pode ser encontrado no informativo nº 532 do STJ, reproduzido no *site* Dizer o Direito.

O Ministério Público detém legitimidade para ajuizar ação com pedido fornecimento de medicamento por conta de a saúde ser um direito individual indisponível (art. 127, *caput*, da CF/88 e do art. 1º da Lei nº 8.625/1993). Nesse sentido também reconhece o STF no RE nº 605.533/MG, com Repercussão Geral reconhecida, informativo nº 911. Em conclusão, o membro do Ministério Público atua, nessa circunstância como substituto processo, ou seja, defende direito alheio em nome próprio, como determina o art. 18 do CPC e a Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, inclusive em favor de uma única pessoa, conforme o entendimento do STJ, no REsp 1162946-MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgado em 4/6/2013 (Info 523).

No mesmo trilhar, a Defensoria Pública, conforme o art. 134, *caput*, da CF/88 assevera, a instituição possui legitimidade de defender os direitos individuais e coletivos,



de forma integral e suficiente, aos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV, da CF/88, o que é objeto de regramento próprio na Lei Complementar nº 80/94.

### **3. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS PELO SUS**

O STJ, ao julgar o REsp 1.657.156 –RJ, informativo nº 625, estabeleceu que o Poder Público estará obrigado a fornecer medicamentos que mesmo não estando incorporados em lista de dispensação do SUS, conquanto que o requerente cumpra 03 (três) requisitos cumulativos, sendo que o último requisito foi modificado após apresentação de embargos de declaração, a saber: 1) existência de registro na Anvisa, observados o uso autorizado pela agência, ou seja, não será possível a exigência da medicação para uso fora da bula, mas será possível, excepcionalmente, se o uso fora da bula também estiver autorizado pela Anvisa; 2) comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado da imprescindibilidade do fármaco, assim como ineficácia dos outros fornecidos pelo SUS; 3) Incapacidade financeira do requerente arcar com os custos do medicamento prescrito.

Embora tenha tomado essa decisão, a Corte da Cidadania resolveu modular os efeitos, valendo tal recurso repetitivo para distribuídos a partir da data de 04/05/2018, data de publicação do acórdão. Até essa data permanece vigente o requisito anterior amparado pela jurisprudência, qual seja, a demonstração de imprescindibilidade do medicamento, conforme o Recurso Repetitivo do Tema 106, informativo nº 633, EDcl no REsp 1657156/RJ, 1ª seção, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado 12/09/2018. Os mencionados julgados e comentários os quais estão aqui espelhados foram retirados do *site* Dizer o Direito.

Os fundamentos de direito utilizados pelo STJ na decisão foram o direito à saúde como direito fundamental do cidadão corolário do direito à vida, consagrado da Carta Política. Em relação ao fundamento infraconstitucional, o STJ dispõe que o art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 8.080/90 determina que as ações de saúde a serem implementadas pelo Estado engloba a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Nesse sentido, o STJ não admite que normas burocráticas criem entraves para a consecução de um direito fundamental (STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 405.126/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 26/10/2016).

Quanto a esse assunto, é importante reproduzir os Enunciados 11, 12, 13, 14 e 15 da I Jornada do Direito de Saúde do Conselho Nacional de Saúde:

ENUNCIADO Nº 11: Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – (PCDT), o Poder Judiciário determinará a inclusão do demandante em

serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde – SUS, para o fim de acompanhamento e controle clínico. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

ENUNCIADO Nº 12: A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. no 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves – 1ª Seção Cível – julgamento repetitivo dia 25.04.2018 – Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

ENUNCIADO Nº 13: Nas ações de saúde que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente, alternativas terapêuticas e competência do ente federado, quando aplicável (Saúde Pública e Suplementar). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

ENUNCIADO Nº 14: Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. no 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves – 1ª Seção Cível – julgamento repetitivo dia 25.04.2018 – Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

Pelos enunciados aludidos, percebe-se que há uma preocupação na autocontenção do Poder Judiciário para a concessão de políticas públicas e na concretização dos direitos fundamentais. Esse comportamento espelhou a decisão do STJ que estabeleceu outros requisitos que serão doravante comprovados a despeito de não se aplicarem as demandas anteriores para quais basta demonstrar a imprescindibilidade do medicamento.

#### 4. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA

O STF no RE 657718/MG, com Repercussão Geral reconhecida, informativo nº 941, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, mas que teve como redator do acórdão o Ministro Roberto Barroso, julgado em 22/05/2019, estabeleceu que é possível que o Estado seja obrigado a fornecer medicamento, mesmo sem registro na Anvisa, atendendo aos seguintes requisitos, conforme comentários do julgado do *síte* Dizer o Direito:

- a) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa;
- b) A ausência de registro na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial;
- c) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro na Anvisa, em caso de mora irrazoável da Anvisa apreciar o pedido, com prazo superior ao estabelecido na Lei nº 13.411/2006 e preenchidos três requisitos:
  - c.1) a existência de pedido de medicamento no Brasil, salvo doenças raras e ultrarraras;
  - c.2) a existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; e
  - c.3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil;
- d) As ações que demandem fornecimentos de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Quanto às condições impostas na decisão do STF, *a priori*, vale consignar que cabe a Anvisa, que é uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, exercer a vigilância sanitária dos medicamentos quanto ao registro e permissão para comercialização, por força do art. 8º, § 1º, I, da Lei nº 9.782. Às vezes, há medicamentos mais modernos e eficazes aprovados nas agências internacionais, mas ainda não consta com registro na Anvisa. Nesse sentido, em regra, não é possível que o Poder Judiciário condene o Poder Público com aprovação em agência de outros países, como destacou o professor e juiz Márcio André.

Entretanto, como ressaltou o STF, excepcionalmente, é possível haver a concessão quando houver mora irrazoável para o registro na Anvisa, salvo em se tratando de pedidos para as doenças raras e ultrarraras, medicamento aprovados nas agências estrangeiras e inexistência de substituto terapêutico no Brasil. Para a mora ser irrazoável deve ultrapassar

o prazo de 120 dias, para o medicamento na categoria prioritária e 365 dias para a categoria prioritária, segundo preceitua a Lei nº 6.360/76 e a Lei nº 9.782/99, alteradas pela Lei nº 13.411/2016. Nesse importe, vale o destaque que a exclusão das doenças raras e ultrarraras se deve ao fato de haver pouco interesse dos laboratórios em requerer o registro em face da pouca atratividade econômica, como acentua o professor e juiz federal Márcio André.

Outro ponto de destaque se relaciona à diferença entre os medicamentos experimentais cuja aquisição está, em regra, vedada ao Poder Público com os medicamentos que possuem eficácia e segurança comprovada, mas, contudo, ainda não dispõem de registro na Anvisa. Como acentua o autor mencionado, em nenhuma hipótese é possível que o Poder Judiciário obrigue o Poder Público a fornecer medicamentos experimentais. Todavia, tratando-se de medicação com eficácia comprovada, mas sem registro na Anvisa, é possível, excepcionalmente, desde que preenchidos os requisitos acima aludidos.

Destaca ainda o professor que o fato de o fármaco possuir autorização no estrangeiro não implica aprovação no Brasil. Assim, a Anvisa não se vincula ao registro realizado por outras agências, podendo adotar critérios mais rigorosos, sobretudo, levando em consideração da população quanto aos seus aspectos fisiológicos e às condições ambientais.

Por último, destaca o autor que, como a Anvisa não compõe a estrutura dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Desse modo, caso haja o ajuizamento de ação cujo pedido seja oferta de medicamentos que não conste registro, em obediência aos ditames do art. 109 da CF/88, necessariamente, a União deve compor o polo passivo, mas não necessariamente a referida ação deve ser ajuizada tão somente em desfavor da União. Nesse sentido, como a responsabilidade é solidária, outros agentes podem compor o polo passivo, juntamente com a União, ou seja, não exclusividade.

## **5.É POSSÍVEL OBRIGAR O ESTADO A FORNECER MEDICAMENTO *OFF LABEL*?**

Nesse esteio, o professor e juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante (s/d) ensina que a expressão em inglês *off label* significa fora de indicação. Dessa forma, ao realizar o pedido de registro do medicamento na Anvisa, o fabricante do laboratório indica a agência para quais enfermidades a droga foi testada e aprovada, segundo as pesquisas realizadas pelo requerente. Diante disso, o uso *off label* é aquele em que o médico prescreve o uso do medicamento que não consta na bula, conforme vaticina o mencionado autor.

O STJ, em julgado recente, Informativo nº 717, destacou que em regra não possível que o paciente requeira do Estado o fornecimento de medicamento para uso *off label*,

salvo se também o uso fora da bula tenha sido autorizado pela Anvisa, em destaque o resumo do *site* Dizer o Direito:

É possível obrigar o Estado a fornecer medicamento *off label*? • Em regra, não é possível que o paciente exija do poder público o fornecimento de medicamento para uso *off label*. • Excepcionalmente, será possível que o paciente exija o medicamento caso esse determinado uso fora da bula (*off label*) tenha sido autorizado pela ANVISA. O Estado não é obrigado a fornecer medicamento para utilização *off label*, salvo autorização da ANVISA. STJ. 1ª Seção. PUIL 2101-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10/11/2021 (Info 717).

Nesse sentido, a Anvisa é a entidade que detém o conhecimento técnico para autorizar o uso do medicamento, mesmo fora da bula, em situações nas quais se observou que o medicamento possui princípio ativo capaz de combater outras doenças. Logo, esse entendimento é salutar para atender a sociedade que procura o Poder Judiciário para ver garantido o direito social e fundamental à saúde por meio de medicamento. Dessa forma, essa aplicação consagra o direito em sua completude.

## **6.MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM A IMPORTAÇÃO AUTORIZADA**

Quando se pensava que o STF já havia resolvido a celeuma acerca dos medicamentos sem registro na Anvisa, no informativo nº 1.022, no julgamento do plenário no bojo do RE nº 1165959/SP, Rel. Marco Aurélio, redator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 18/06/2021, resolve particularizar outra situação em que é juridicamente possível requerer uma medicação que não possui registro no SUS. Como se pode observar na tese do STF:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.STF. Plenário. RE 1165959/SP, Rel. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/6/2021 (Repercussão Geral – Tema 1161) (Info 1022).

A tese anotada no julgado e representada no *site* Dizer o Direito ensina que é possível obrigar o Estado fornecer medicamento não registrado na Anvisa, desde que se

mostre imprescindível ao tratamento do requerente, não podendo ser substituído por outro similar ofertado pelas listas de dispensação e pelos protocolos de intervenção terapêutica do SUS. Além disso, a importação deve ser autorizada pela agência de vigilância sanitária, assim como a demonstração da incapacidade financeira do paciente.

## **7. CONCLUSÃO**

A saúde é um direito fundamental, social de segunda geração e direito subjetivo do cidadão. Tal direito está consagrado na Constituição e é corolário da dignidade da pessoa humana. As ações preventivas e curativas são obrigações comuns a todos os entes que devem destinar verbas públicas para a consecução de seus desideratos, sobremaneira com o fornecimento de medicamentos. Nesse ponto, deve-se destacar a importância do SUS responsável pela concretização do direito fundamental juntamente com o sistema complementar, composto por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Nesse esteio, percebe-se que cada vez há uma preocupação do STF e STJ em traçarem parâmetros para as ações que pleiteiam políticas públicas, sobretudo aquelas que demandam o fornecimento de medicamentos, com precedentes que indicam a autocontenção do Poder Judiciário. Um retrato dessa preocupação está espelhado na Suspensão de Tutela Antecipada Nº 175 que tratava da aquisição de medicamento de alto custo. Além disso, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da famigerada Pílula do Câncer, medicação liberada pelo Poder Legislativo sem análise e registro na Anvisa, ao arrepio do controle científico, o que gera risco para a população, seja em razão de não se ter comprovação da eficácia da medicação, seja em razão dos efeitos adversos desconhecidos.

A cada dia há uma crescente judicialização de política pública, sobremaneira com demandas ajuizadas pelo Ministério Público e Defensoria Pública. Nessa senda, todos os entes federativos podem ser demandados, uma vez que a responsabilidade é solidária e comum a todos. Entretanto, o processo deve ser instruído com laudo médico inclusive de profissionais estranhos ao quadro do SUS. Como é obrigação de fazer, não cabe a alegação da necessidade de precatório para o Poder Público cumprir a ordem judicial, inclusive com a cominação de multa diária (astreintes). A situação ideal era que todas as enfermidades fossem tratadas com os medicamentos que consta na lista de dispensação do SUS. Entretanto, nem sempre isso acontece, o que faz com que as pessoas demandem o fornecimento de medicamentos fora da lista de dispensação.

Para tanto, o STJ estabeleceu que é necessário que: 1) existência de registro na Anvisa, observados o uso autorizado pela agência, ou seja, não será possível a exigência da medicação para uso fora da bula, mas será possível, excepcionalmente, se o uso fora da bula também estiver autorizado pela Anvisa; 2) comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado da imprescindibilidade do fármaco, assim como ineficácia



dos outros fornecidos pelo SUS; 3) Incapacidade financeira do requerente arcar com os custos do medicamento prescrito.

Quando o medicamento não constar com registro na Anvisa, em regra, o seu fornecimento é vedado, sobretudo quando relacionado a tratamentos experimentais. Diante disso, o STF parametrizou que os seguintes requisitos para a situação excepcional em que será possível requer o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa: a) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa; b) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; c) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro na Anvisa, em caso de mora irrazoável da Anvisa apreciar o pedido, com prazo superior ao estabelecido na Lei nº 13.411/2006 e preenchidos três requisitos: c.1) a existência de pedido de medicamento no Brasil, salvo doenças raras e ultrarraras; c.2) a existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; e c.3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; 4. As ações que demandem fornecimentos de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Ademais, o Estado não pode ser demandado para o fornecimento de medicamento fora da bula, *off label*, ou seja, para usos não autorizados pela Anvisa. Entretanto, o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Anvisa, mas com uso e importação autorizados.

## REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Chamamento ao processo e fornecimento de medicamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b139e104214a08ae3f2ebcce149cdf6e>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Diferença de classes no SUS é inconstitucional. **Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/12/diferenca-de-classes-no-sus-e.html#:~:text=A%20chamada%20diferen%C3%A7a%20de%20classes,chamada%20%22diferen%C3%A7a%20de%20classes%22..> Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível a imposição de astreintes contra a Fazenda Pública para fornecimento de medicamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/99064ba6631e279d4a74622df99657d6>. Acesso em: 21 mar. 2022.



CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível obrigar o Estado a fornecer medicamento off label? **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae502204564aafbfb712be630e3910b>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, se a sua importação estiver autorizada, ele se mostrar imprescindível ao tratamento e houver incapacidade financeira do paciente. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c11cb55c3d8dcc03a7ab7ab722703e0a>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d7a968bb636e25818ff2a3941db08c1>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f490d0af974fedf90cb0f1edce8e3dd5>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Judiciário pode obrigar administração pública a manter quantidade mínima de medicamento em estoque. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f2b325dcdaf12a68ed498273206d263>. Acesso em: 21 mar. 2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Legitimidade do MP para ACP em benefício de uma só pessoa em questões de saúde. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2c3ddf4bf13852db711dd1901fb517fa>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **I, II e III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://curyzaccariotto.com.br/2019> mar.

26/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-conselho-nacional-de-justica/. Acesso em: 21 mar. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado).

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Constituição Federal para concursos**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm). Acesso em: 21 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 21 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm). Acesso em: 21 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 21/02/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Plenário. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 21 mar. 2022.

## **ACESSO À EDUCAÇÃO: EFETIVIDADE OU APENAS POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO?**

**LETÍCIA RODRIGUES DOS SANTOS:**

Advogada; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC; pós-graduanda em Direito do Consumidor, pela Faculdade Legale;

**ADEMIR GASQUES SANCHES**

(Orientador)

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo evidenciar que, o direito à educação não vem sendo efetivado consoante os termos expressos na lei. A educação é reconhecida como direito social de pertencimento de todos, além de agir como pressuposto da dignidade da pessoa humana, devendo ser concretizada pelos entes responsáveis por seu fomento, o Estado, a família e a comunidade. Verte-se que o Brasil enfrenta restrições em seu desenvolvimento social e intelectual e isso se deve, em grande parte, a não efetivação do acesso à educação. A qualificação profissional, atualmente, tornou-se marcador lógico de ingresso ao mercado de trabalho, todavia revela-se que não se obtém êxito no mercado de trabalho tão somente com diploma de ensino superior, os cursos técnicos profissionalizantes vêm realizando essa tarefa de maneira satisfatória. A busca pela efetivação do direito à educação é essencial para o desenvolvimento da nação e o Brasil deve realizar essa tarefa. Quanto aos resultados, conclui-se que o país não vem tornando uma realidade o direito à educação. A metodologia utilizada para a presente pesquisa foi a revisão de literatura, através do método dedutivo, com fontes em doutrinas, artigos científicos e websites especializados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação. Estado. Família. Comunidade.

**ABSTRACT:** The present research aims to show that the right to education has not been implemented according to the terms expressed in the law. Education is recognized as a social right that everyone belongs, in addition to acting as a presupposition of the dignity of the human person, and must be implemented by the entities responsible for its promotion, the State, the family and the community. It can be seen that Brazil faces restrictions in its social and intellectual development and this is largely due to the lack of effective access to education. Professional qualification, currently, has become a logical marker of entry into the labor market, however it is revealed that success in the labor market is not achieved only with a higher education degree, vocational technical courses have been performing this task in a satisfactory way. . The search for the realization of the right to education is essential for the development of the nation and Brazil must carry out

this task. As for the results, it is concluded that the country has not been making the right to education a reality. The methodology used for the present research was the literature review, through the deductive method, with sources in doctrines, scientific articles and specialized websites.

**KEYWORDS:** Education. State. Family. Community.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Objetivo constitucional. 3. Educação brasileira. 4. Da efetividade. 4.1 O Estado. 3.2 Da família. 3.3 Da comunidade. 5 Ingresso no ensino superior. 5.1 Cursos profissionalizantes. 6 Do trabalho precoce. 7 Conclusão. 8 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a evidenciar que, o direito à educação é compromisso selado entre o Poder Público, a família e a comunidade, de modo que, incube a todos zelar por sua efetivação.

O direito à educação vem previsto expressamente no art. 205 da Constituição Federal de 1988, "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", é classificado como direito social integrante do rol do art. 6º do mesmo texto legal. De maneira clara e objetiva, o dispositivo trata de garantia alinhada a todos e que, para sua implementação, deve existir incentivo e colaboração na sua condução visando ao bem comum.

A baliza disso, assevera-se que não é plausível transpor toda a responsabilidade pela inexecução do projeto educacional em um só ente responsável por seu fomento. Há de se estabelecer um equilíbrio entre o Estado, a família e a comunidade, pois são preponderantes para que o processo de instrução seja satisfatório e cumpra o depreendido legalmente.

A educação, enquanto dinâmica pedagógica, tem como fundamentos: assegurar o desenvolvimento da nação; difundir uma sociedade instruída; ampliar os índices de qualificação profissional (ingresso no ensino superior ou técnico profissionalizante); diminuir a taxa de desemprego fundada na ausência de qualificação; e, erradicar o analfabetismo ainda presente em grande parte do país.

A par disto, denota-se que é indispensável o trabalho coletivo – poder público, família e comunidade, para o desenvolvimento de trabalhos satisfatórios tendentes à efetividade do direito à educação.

A pesquisa científica pretende evidenciar que a educação, enquanto direito social, não vem sendo satisfeita em seus exatos termos, violando assim, o texto legal, sendo inequívoco que não é cabível qualquer forma de negligência, seja de quem for, quando se trata de seu desempenho e, para tanto, há se realizar um trabalho coletivo visando sanar a falha estrutural existente, além de submeter quem não cumpra as condições necessárias a sua implementação e realização às respectivas sanções.

A metodologia utilizada neste estudo foi a revisão de literatura, através do método dedutivo, com fontes em artigos científicos e doutrinas específicas da atualidade.

## **2 OBJETIVO CONSTITUCIONAL**

A Constituição Federal, através do viés dos direitos fundamentais, mais precisamente quanto aos direitos sociais – art. 6º, proporciona a todos, indistintamente, homogêneo conjunto de prerrogativas essenciais à digna existência e qualidade de vida, zelando pelo desenvolvimento humano, avanço e aptidão ao mercado de trabalho, objetivando a igualdade social. Alexandre de Moraes conceitua direitos sociais como:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Os direitos sociais estão elencados no citado artigo, *in verbis*:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esses direitos são considerados idealizadores de política de amparo ao ser humano, modernamente conceituados pela doutrina como direitos fundamentais de Segunda Geração ou Dimensão, baseados na ordem cronológica em que foram conquistados e reconhecidos, como destaca Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes

de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

A educação é considerada direito social público subjetivo, com disposição constitucional no artigo 205 e na legislação especial no artigo 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90.

O Ministro Celso de Mello ainda destaca que o direito à educação não se pauta apenas na mera instrução, a seguir:

A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (...)

O ensino deve se pautar em princípios, de modo a garantir a efetividade dos programas educacionais, os quais serão apenas citados devido ao objeto delimitado da produção científica: a) igualdade de condições; b) liberdade de aprender e ensinar; c) pluralismos de ideia e concepções pedagógicas; d) gratuidade do ensino público; f) valorização dos profissionais; g) gestão democrática; h) padrão de qualidade; i) atendimento da EC nº 53/2006 e j) estabelecimento de metas (MELLO, Celso, 2017).

Embora a legislação apresente um complexo de direitos e garantias com o escopo de reconhecer o indivíduo enquanto pessoa, é necessário mencionar que, quanto à aplicabilidade, as normas constitucionais nem sempre possuem efeito imediato quando de sua promulgação, classificando-se quanto à eficácia em plenas, contidas, limitadas e programáticas.

Pode-se entender como normas de eficácia plena aquelas que produzem ou têm a capacidade de produzir efeitos desde a sua edição; de eficácia contida as que o legislador regulou de forma suficiente quanto a existência de um direito, deixando o seu exercício condicionado ao cumprimento de certa obrigação legal; por limitadas, as que apesar de possuírem aplicabilidade imediata necessitam de norma legal posterior que regule o seu exercício e, programáticas como aquelas que não se concretizam imediatamente, mas sim com o decorrer do tempo após a sua criação, implementando-se conforme a conveniência e oportunidade (MORAES, Alexandre, 2020, p. 61 – 63).



O direito à educação está inserido no rol de normas programáticas que, a princípio, não regulam interesses ou direitos nelas consagrados, mas sim, limitam-se a traçar preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público.

Assim, define-se a educação como norma de aplicabilidade programática, não se podendo falar em plenitude de direito porque sua realização e efetividade devem ocorrer no decorrer do tempo, alcançando o objetivo para o qual foi editada oportunamente.

### **3 EDUCAÇÃO BRASILEIRA**

Muito embora, na atualidade, a educação brasileira seja considerada essencial, isso nem sempre foi assim, na verdade, a consolidação da Constituição de 1988 foi marco inicial de solidificação deste instituto, promovendo seu merecimento e salientando sua importância para as pessoas.

Inicialmente, por volta de 1500, a educação tinha como foco principal a catequização realizada pela Igreja Católica – instrução a partir de preceitos religiosos, isso se dava, principalmente nos nativos do território brasileiro, a população indígena.

A catequização nada mais era que uma forma de ensino precário o qual ocorria em escolas improvisadas, com aulas massivamente religiosas. Foi encapada por José de Anchieta, padre, pedagogo jesuíta, padroeiro do Brasil, santo reconhecido pela Igreja Católica por sua missão evangelista.

De outro lado, havia o sistema de ensino aplicado aos filhos dos portugueses que, além da aplicação do ensino religioso havia a observância de outras disciplinas, oportunizando um conhecimento amplo, que contribuía de maneira mais acentuada para o desenvolvimento intelectual dos estudantes.

Com o decorrer dos anos, a escolarização passou a ser quase que irrelevante pela população e isso se dava pelo fato de predominar nos territórios as atividades de cunho braçal, desenvolvidas nos campos das indústrias, agricultura e pecuária, porque não se faziam necessários conhecimentos mais eruditos, na verdade, só frequentavam escolas as crianças cujos pais eram detentores de vultosos poderes aquisitivos, sendo latente a desigualdade social quanto a esse aspecto.

A educação passou a ser reconhecida pelos Poderes Públicos e notada como importante pela população após a promulgação da Constituição Federal de 1988, atual Carta Magna. Ela “cuida da educação e do ensino de maneira especial com referência aos direitos, aos deveres, aos fins e aos princípios norteadores” (Santos, 1999, p. 31).



E, com base na CF/88 foi criada em 1996 a Lei nº 9.394, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, oferecendo suporte para que o direito à educação fosse realmente consubstanciado e efetivado.

#### **4 DA EFETIVIDADE**

Considerando que a pesquisa científica apresenta um questionamento o qual é o próprio título – ACESSO À EDUCAÇÃO: EFETIVIDADE OU APENAS POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO?, necessário se faz discorrer quanto à resposta.

O reconhecimento da educação enquanto direito passou a ser prioridade do governo brasileiro e objeto de reflexão da população apenas a partir de 1988, com a promulgação da nova Carta Magna, contudo, mesmo decorridos mais de trinta anos desse marco histórico, ainda se nota a inexecução das atividades pedagógicas, levando a ineficácia deste direito de substancial importância para o desenvolvimento do país.

Pois bem, dá leitura do disposto já mencionado art. 205 da CF, infere-se que existe uma convenção entre a família, o Poder Público e a comunidade com o fim de se promover e incentivar o direito à educação.

Ora, diante desse pacto selado entre o Poder Público, a família e a comunidade, não é possível consignar a responsabilidade em apenas uma entidade, de modo que, deve existir um trabalho coletivo entre eles, o qual se torna indispensável ao desenvolvimento do país.

Todavia, essa não é a realidade vivida no país, pois cerca de 1,3 milhões de crianças e adolescentes de 04 a 17 anos estão fora da escola, segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC) 2018.

A exclusão escolar afeta principalmente crianças e adolescentes das camadas mais vulneráveis, que por muitas vezes já se encontram privados de outros direitos fundamentais, como saúde, alimentação, lazer, etc. Em razão das dificuldades econômicas, muitas crianças decidem parar de frequentar a escola para trabalhar colaborando na renda familiar, ou até mesmo se prestam a realizar os serviços domésticos de casa para que seus pais possam sair para trabalhar.

A saída das crianças e adolescentes dos contornos educacionais afeta seu rendimento escolar, que é inferior ao das crianças que só estudam, isso leva a maiores taxas de repetência e de abandono no grupo de crianças “trabalhadoras”. (Fora da Escola Não Pode!: Campanha Nacional pelo Direito à Educação e Unicef |PISA/OCDE).

Ademais, foi observado que o país também não vem cumprindo o Plano Nacional de Educação, conforme levantamento realizado em 2020. O plano que possui como

objetivo a universalização da educação básica até 2024 não conseguiu cumprir nem metade de suas metas integralmente e tudo leva a crer que cerca de 85% dos dispositivos do PNE não serão cumpridos até o final de sua vigência:

Em 2020, no sexto ano de vigência da Lei nº 13.005/2014, que dispõe sobre o Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024, balanço realizado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação aponta total abandono do PNE pelo governo no Brasil. Nenhuma das 20 Metas foram cumpridas integralmente, apenas 4 apresentam o status de parcialmente cumpridas e a estimativa é que, dos 36 dispositivos de Meta do PNE com dados para mais de um ano, apenas 6 devem ser cumpridos em seus respectivos prazos. Balanço realizado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação mostra que cerca de 85% dos dispositivos do PNE não serão cumpridos até o final de sua vigência.

Conforme se observa, o direito à educação não vem sendo concretizado conforme proposto, mas esse cenário pode ser alterado se houver uma atuação conjunta do Poder Público, da família e da comunidade, isto é, uma responsabilidade tripartida, nos termos expressos da CF/88, em busca da promoção, implementação e o desenvolvimento de práticas evolutivas que alterem o atual contexto vivido sob a égide de descumprimento de metas e déficit instrutivo.

Para tanto, cada ente deve saber seu espaço de atuação e as atribuições que lhe são competentes, sem extrapolar a esfera de laboração do outro ou lhe transferir suas atribuições. Existindo o equilíbrio entre estes institutos, a garantia do satisfatório processo de aprendizagem será certa.

#### **4.1 O Estado**

Muito embora vigore a ideia de que a responsabilidade pela execução dos preceitos inerentes à educação cabe exclusivamente ao Estado, essa proposição não é totalmente plausível, de fato incumbe ao Estado a criação de escolas com espaço, pessoal e material apropriados para o ministro de aulas, além da formulação de políticas e projetos de investimento dos recursos públicos voltados à educação, mas a totalidade da responsabilidade pelo processo pedagógico de aprendizagem não lhe compete exclusivamente, possuindo parcela desse ônus a família e a comunidade.

Tem-se que ao Estado, na figura dos representantes eleitos democraticamente pelo povo, compete a gestão de estratégias com o objetivo de projetar a educação em toda a nação, com o oferecimento de material adequado, profissionais capacitados e com

a gratuidade do ensino, como regra, tornando-o acessível a todos como forma de assegurar a igualdade, a gratuidade e a facilidade.

Quando se fala em igualdade, devemos crer que todos são iguais em direitos e vantagens, é esse o primado da Constituição Federal, esculpido no art. 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Sendo assim, não se mostra cabível, nem constitucional a limitação do acesso à educação sobre pretextos que levem a formas diretas ou indiretas de desigualdade. A título de exemplo, cita-se a atuação dos professores no sistema de ensino público e particular: em que pese os professores da rede particular usufruírem de maiores remunerações e até mesmo melhores condições de trabalho frente aos de escolas públicas, isso não é justificativa para que esses últimos ministrem aulas hostis aos educandos quando estiverem atuando no ensino público.

A gratuidade do ensino deve ser a regra. O ensino na rede pública não deve estar condicionado a qualquer tipo de contraprestação pecuniária. Os pais devem ter a segurança de que podem matricular seus filhos nas escolas sem qualquer ônus financeiro, que serão disponibilizados os materiais necessários para o processo de aprendizagem, com infraestrutura propícia para aloca-los, oferta de alimentação durante o período escolar, além de profissionais capacitados e dispostos a oferecer o conhecimento necessário para sua construção intelectual visando à conclusão da educação básica com o consequente ingresso no ensino superior e/ou técnico e ingresso no mercado de trabalho.

A acessibilidade na faceta facilidade enuncia que o gozo do direito à educação deve ser o mais singelo, permitindo que todos possam matricular-se nas escolas, universidades e centros de ensino técnico profissionalizante facilmente, com a oferta de infraestrutura, materiais e profissionais capacitados, sem ter que se submeter a empecilhos difíceis.

A educação apresenta-se como um processo de plenitude humana, que envolve quem a transmite e quem a recebe, portanto, professores e alunos que em um movimento de reciprocidade, necessitam exercitar a liberdade de cátedra ativa e passivamente para a construção do conhecimento (FARIA & MOSCOVITIS, 2017).

Logo, o Estado como um dos responsáveis pelo fomento à educação, e não o único, deve promover ações e políticas de modo a realizar, proteger e fiscalizar esse direito.

## **4.2 Da família**

A família como sendo um dos núcleos responsáveis por velar pelo acesso à educação, possui papel de relevante importância nesse sistema. Espera-se que dentro do núcleo familiar, seus membros promovam e incentivem essa prática, que expliquem sua necessidade e salientem a importância, objetivando o desenvolvimento social e intelectual,

evitando os casos de evasão escolar – ato de abandonar os estudos durante o ano letivo ou até repetências por não atingir os percentuais mínimos exigidos em razão de aprendizagem deficitária.

Michele Cezareti Pereira destaca que, as principais causas da evasão pautam-se na desestrutura familiar, ausência de ensino de qualidade e estrutura na escola, desemprego, desinteresse do aluno, desnutrição, salienta que:

De fato as razões para a evasão escolar, os maiores responsáveis pelo tal problema, podem ser enraizadas na família, na criança e na escola. Na família devido a desestruturação familiar, a necessidade de complementação de renda, na participação na vida escolar da criança e problemas afetivos. Quanto a criança, se dá por falta de interesse do aluno, da sua não participação nas atividades, da falta de perspectiva de vida e da defasagem de aprendizagem trazida dos anos anteriores. E quanto á escola, pode ser responsável pela evasão, pelo fato de como o professor ministra suas aulas, na maneira de transmitir conteúdos, a estrutura física, falta de recursos e uma política da escola que propicie uma maior integração com a família.

Infelizmente, verte-se condutas de pais e/ou responsáveis que demonstram desinteresse no desenvolvimento intelectual de seus filhos ou crianças pelas quais são responsáveis, em razão da ausência de perspectiva para o futuro, pelo analfabetismo ou mesmo, pelo mais torpe, por não se importarem com essa temática, isto é, o “achar” desnecessário estudar.

Alejandra Meraz Velasco, coordenadora-geral do “Todos Pela Educação” em 2014, afirma que a participação dos pais é fundamental para o desempenho escolar:

A família e o contexto socioeconômico facilitam esse desempenho, essas duas dimensões têm de estar equilibradas. Não adianta vínculo afetivo melhor sem a valorização da escola. Da mesma forma, o pai que valoriza a educação e não estabelece diálogo com filho será pouco efetivo na educação.

O incentivo dos pais e responsáveis é de suma importância para o desenvolvimento educacional, isso porque, as crianças e os jovens se espelham na família, seguindo ordens e exemplos que presenciam. Caso não haja um impulso por aqueles que guarneciam o lar dos estudantes, como consequência, haverá mais jovens que julgam desnecessário os estudos, caindo por terra o propósito constitucional.

O Estado, por sua vez, não tem a capacidade de fiscalizar, residência a residência atestando se as famílias estão cumprindo o seu dever educacional, de modo a efetivar o direito à educação, cabendo então a ela zelar pela disciplina escolar, realizando orientações no sentido de sublinhar a relevância dos estudos para o desenvolvimento pedagógico de seus pupilos.

### **4.3 Da comunidade**

A comunidade é o conjunto de indivíduos que vivem em determinado território, com seus costumes e crenças.

Da mesma forma que o Estado e a família, a comunidade possuem responsabilidade pela efetividade do direito fundamental à educação, pouco importando se são diretamente ligados a algum indivíduo em processo de aprendizagem.

A educação é demasiada necessária para o desenvolvimento social e, a formação acadêmica, de substancial valia para à qualificação profissional, tornando-se condicionante necessária à estabilidade financeira e satisfatória qualidade de vida.

Ainda, a educação exerce destaque como categoria inclusiva do ponto de vista social, pois observa-se na sociedade a discriminação latente entre aqueles que possuem a educação básica, daqueles que não a detém, também é enxergada como sinalizadora dos rumos que o ser humano deve seguir de modo a compor sua moral individual.

Não cabe a sociedade substituir o Estado ou a família, mas sim complementar, colaborando com ações que efetivem o direito fundamental à educação. Também é importante destacar o controle social que ela detém, ou seja, a capacidade de realizar apontamentos críticos e sugerir transformações para que as pessoas mudem sua forma de pensar e agir, principalmente na busca pela quebra de antigos paradigmas, como o qual retrata que somente alguns podem desfrutar do acesso à educação.

Luck (2006, pág. 30-31) afirma que:

A participação em sentido pleno é mobilização individual para a superação de atitudes de acomodação, de alienação e marginalidade, e reversão desses aspectos pela eliminação de comportamento individualista pela construção de espírito de equipe, visando à efetivação de objetivos sociais e individuais que são adequadamente entendidos e assumidos por todos.

Diante disso, visando a garantir a educação de todos, sempre que qualquer da comunidade verificar alguma ilegalidade para com o cumprimento dos preceitos

pertinentes à educação, seja por atuação do Estado ou da família, deve atuar ativamente como forma de fazer cessar a lesão a esse direito fundamental.

Logo, à sociedade civil incube atuações positivas e ativas de forma imprescindível no monitoramento e efetivação de denúncias de violações ou supostas violações por parte do Estado, da família, ou, até mesmo das próprias crianças e adolescentes que se expõem a situações de privação e perigo. Agindo dessa forma, a comunidade estará zelando por todos e cumprindo seu papel social para com a promoção do direito à educação.

## 5 INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

Antigamente, a conclusão da educação básica (Ensinos Fundamental e Médio) e o ingresso no ensino superior não possuem índices consideráveis como nos dias atuais e isso se dava em razão das dificuldades que muitos encontravam para ter acesso aos estudos, como altas mensalidades, custos com deslocamentos, aluguéis e diárias isso porque, alguns centros de ensino não eram no mesmo município de residência do estudante, até mesmo em outros Estados.

Atualmente, percebe-se mudança considerável nesse panorama, dados demonstram que com o decorrer dos tempos os níveis de conclusão da educação básica e ingresso no ensino superior, seja de maneira presencial ou à distância (EAD) vêm se elevado, inclusive esse foi o resultado de pesquisa realizada pelo Censo da Educação Superior 2019:

O total de ingressantes no **Ensino Superior** em todo o país cresceu 5,4% entre 2018 e 2019, apesar de um registro de queda nos cursos de graduação presenciais. O aumento do número de ingressantes entre 2018 e 2019 foi ocasionado, exclusivamente, pela modalidade a distância, que teve uma variação positiva de 15,9%. Nos cursos presenciais, houve um decréscimo de 1,5%. Em 2019, no país, 43,8% dos universitários estavam matriculados em cursos presenciais, e 56,2% em graduações no formato **EAD**.

Com a elevação dos níveis de ingresso no ensino superior surge nas pessoas a insegurança quanto à oferta de empregos: na posse do diploma de ensino superior o emprego será garantido?

Infelizmente, visualiza-se um cenário em que a graduação não é salvaguarda de inserção do indivíduo no mercado de trabalho, ou seja, as oportunidades de emprego não vem com a colação de grau.

De acordo com dados do MEC – Ministério da Educação, cerca de 900 mil pessoas se formam na faculdade por ano e, visando a uma vaga de emprego, deparam-se com um



mercado de trabalho cada vez mais achatado. Só em 2016, o volume de empregos encolheu 1,9 milhão de vagas, sendo que a crise afetou principalmente os jovens, que terão que achar uma colocação nesse cenário e, diante desse desafio, já tem muita gente repensando carreiras e mudando de sonho (ARIADNE, Queila, 2017).

Essas informações levam a crer que apenas ter o diploma, não é condição garantidora de emprego, que o sonho de muitos pela conclusão da graduação e emprego fixo é um engano.

As pessoas ingressam nas faculdades visando a qualificação para que, tão logo concluam o curso, possam ser contratados na área de atuação ou abrir o próprio negócio, todavia, esse não é o cenário que mais se visualiza, pois grande parcela de população, após concluir a graduação não consegue ingressar ao mercado de trabalho com a mesma “facilidade” com a qual incorporaram-se ao ensino superior, levando a frustrações de ordem financeira e social.

O ensino superior possui dispêndio relevante, mensalidades e materiais com custo elevado, em alguns casos, é necessário despender com moradia, locomoção e alimentação, visto que frequentemente são comuns as mudanças de município ou Estado, por necessidade, ganho de bolsas estudantis, ou por opção do estudante, reconhecimento de mérito da instituição frente à comunidade estudantil que poderá agregar a seu currículo, por exemplo.

O Brasil oferece diversas oportunidades de programas que incentivam e facilitam financeiramente os estudos, reduzindo ou até mesmo isentando totalmente o aluno de gastos com as mensalidades, a título de exemplo, podemos citar o PROUNI, FIES, SISU1, mas permanecem os gastos com moradia, alimentação, materiais, locomoções, etc., sendo que dentre as maiores motivações para a conclusão da graduação, é ceifar as despesas geradas durante o período estudantil e reaver as despendidas.

A baliza disso, conclui-se que o ensino superior é de suma importância para o aperfeiçoamento intelectual e social do indivíduo, mas que inevitavelmente gera ônus financeiros que nem todos são capazes de suportar e por isso, muitos brasileiros optam pela não realização de graduação, todavia, não é apenas a graduação que poderá provocar mudanças significativas na vida do cidadão, fato este desconhecido por muitos.

## **5.1 Cursos profissionalizantes**

---

1 PROUNI – Programa Universidade Para todos; FIES – Fundo de Financiamento Estudantil; SISU – Sistema de Seleção Unificada;



Não obstante o alto índice de ingressos no ensino superior, uma plataforma não muito divulgada vem ganhando cada vez mais destaque entre a população e isso se deve à flexibilidade oferecida, tratam-se dos cursos profissionalizantes, que nada mais são do que vertentes à efetividade do direito à educação.

Os cursos profissionalizantes são conhecidos como roteiros práticos de capacitação a determinado ofício ou profissão.

De forma simplificada e com curto prazo de duração, os cursos técnicos profissionalizantes treinam o indivíduo para o desenvolvimento de uma atividade profissional, oferecendo o necessário para que tão logo concluam a capacitação possam dar início às atividades profissionais de maneira autônoma, sem necessidade de buscar propostas de empregos.

A grande maioria dos cursos profissionalizantes são oferecidos de maneira gratuita pelo poder público ou por empresas privadas, não exigem a realização de provas para seu ingresso assim como uma graduação, possuem menor prazo de duração e possibilitam o retorno ou a colocação no mercado de trabalho facilmente.

Houve aumento na procura por cursos profissionalizantes no Brasil, de acordo com o mais recente dado do Censo Escolar da Educação Básica, elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Para conseguir um rápido retorno ao mercado de trabalho, muitas pessoas buscam os cursos profissionalizantes, o que explica o aumento na procura por essa modalidade de ensino nos últimos anos.

O sistema de cursos profissionalizantes mais conhecido no país é o Sistema "S":

O termo Sistema S aparece com frequência no noticiário para se referir a nove instituições prestadoras de serviços que são administradas de forma independente por federações e confederações empresariais dos principais setores da economia. Apesar de prestarem serviços de interesse público, essas entidades não são ligadas a nenhuma das esferas de governo.

Esse sistema tem por escopo auxiliar os trabalhadores nas diversas áreas do mercado com a instituição de palestras, atividades e minicursos visando a capacitação e aperfeiçoamento.

É possível verificar que o país possui déficit de pessoal capacitado em vários seguimentos profissionais, que não demandam como requisito o ensino superior completo (construção civil, obras e reformas de alvenaria em geral, produções alimentícias diversas,

marcenaria, eletricitista, etc.), em contrapartida há várias pessoas com graduação que não conseguem se inserir no mercado de trabalho em sua área de atuação:

Embora o mercado de trabalho esteja abarrotado de profissionais com curso superior em algumas áreas, mão de obra especializada em algumas áreas técnicas estão em falta no país (...). De acordo com uma pesquisa da Consultoria ManpowerGroup, as empresas brasileiras têm dificuldades em encontrar pessoas para ocupar cargos técnicos e profissionais com habilidades técnicas específicas.

Diante de todas as benesses apresentadas pelos cursos profissionalizantes, eles têm se destacado no mercado, tornando-se alternativa de qualificação de muitos brasileiros tendo em vista as vantagens oferecidas, associada à escassez de profissionais em segmentos diversos, o que torna esse mercado atrativo.

À vista disso, nota-se que há alto índice de pessoas com graduação frente à escassez de profissionais habilitados para o desempenho de segmentos essenciais à sociedade e que não demandam formação superior, a realização de curso de formação com os ensinamentos essenciais já seria o suficiente à habilitar alguém a um ofício/profissão.

Logo, os cursos profissionalizantes vêm se tornando válvula de escape para os indivíduos que desejam desempenhar uma profissão inserindo-se ou realocando-se no mercado de trabalho.

## **6 DO TRABALHO PRECOCE**

O direito à educação é por vezes sabotado, levando, novamente a sua não efetivação, sendo o trabalho precoce de crianças e adolescentes um especial gatilho a essa ocorrência.

Muitas crianças e adolescentes começam a exercer atividades profissionais precocemente, levando-os a se afastar das salas de aula, interrompendo e por muitas vezes ceifando o processo pedagógico.

O trabalho precoce deriva das dificuldades financeiras enfrentadas no núcleo familiar, as vezes, por obrigação impostas pelos próprios pais para que a renda bruta familiar aumente e também essa atitude pode partir da própria criança ou adolescente em um anseio de possuir sua renda para comprar o que deseja (roupas, calçados, doces, etc.):

O auxílio na renda familiar é mais determinante na entrada no mercado de trabalho para crianças mais novas. Com o aumento da idade, o consumo próprio passa a ter um peso maior nessa decisão.

Ainda nestes casos, o trabalho infantil vem suprir as deficiências familiares em prover acesso ao lazer e aos bens de consumo, o que ainda é manifestação da vulnerabilidade social (...) Outras características familiares que aumentam a propensão ao trabalho infantil são a grande quantidade de filhos e a baixa escolaridade dos pais.

Essas crianças e adolescentes são vítimas das desigualdades sociais ou das questões familiares que acabam por leva-los ao abandono escolar. O trabalho nessa fase faz com que elas utilizem todas as suas energias nas atividades laborais deixando a vida escolar em segundo plano.

A legislação brasileira não veda totalmente o trabalho a quem ainda não atingiu a maioridade civil, isto é, completado dezoito anos de idade, em determinados casos incide essa possibilidade, isso é o que dispõe o artigo 60, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente:

É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

Para suplementar o disposto na legislação especial, destaca a Magna Carta no inciso XXXIII, art. 5º:

Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

As disposições legais têm por objetivo propiciar o direito social ao trabalho, sendo possível estendê-lo aos jovens a partir dos dezesseis anos e, excepcionalmente aos quatorze na condição de aprendizes - inserção do jovem no mercado de trabalho com o oferecimento de formação técnica, respeito aos horários escolares e garantia de direitos iguais ao de um trabalhador comum, salientando que, não deve haver prejuízos a esses jovens quanto ao seu direito básico à educação.

O legislador pautou a exceção legal no cenário social do país, levando em conta as desigualdades existentes, tentando preservar o desenvolvimento intelectual para o progresso da nação, com a possibilidade de inserção no mercado de trabalho, houve a conciliação entre dois direitos sociais indispensáveis do ser humano.

Muito embora a ideia principal que alicerça a conciliação do direito à educação e ao trabalho fosse trazer independência financeira aos jovens, isso pode prejudicar seu desempenho escolar, levando-os, inclusive à evasão escolar.

Também, não são todos os jovens que são inseridos no mercado de trabalho como verdadeiros aprendizes, a maior parcela desempenha atividades que não trazem qualquer roupagem de qualificação, são na verdade, ocupações informais urbanas, como lavadores de carro, vendedores de ruas, engraxates, dentre outras, ofícios esses que podem prejudicar as ocupações estudantis das pessoas são ofícios que muito embora sejam formas de trabalho, devido a sua forma de desenvolvimento, incompatíveis com a aprendizagem, afastando os estudantes das instituições de ensino.

Exaustos depois da jornada de trabalho, os rapazes têm: 29% mais chances de faltar à aula (em comparação com os que não trabalham); 10% mais chances de fazer o dever de casa na escola (em cima da hora da aula); 5% mais chances de entregar o dever de casa com atraso. Entre as meninas, os percentuais são 14%, 10% e 9%, respectivamente. Já as notas em português e matemática podem ser até 7% menores que as dos demais estudantes (...) A diferença nas notas entre quem trabalha e quem só estuda parece pequena, mas é relevante (...) O desempenho desses adolescentes tende a ser pior pelo resto da vida acadêmica (..) mesmo quando eles deixam de trabalhar, as notas não melhoram (...).

Desse modo, percebe-se que várias famílias brasileiras passam por dificuldades de ordem financeira, levando seus componentes a colaborar através do desempenho de atividades laborais remuneradas, mesmo que sejam crianças ou adolescentes, no entanto, alguns desses ofícios prejudicam demasiadamente o desenvolvimento escolar, podendo levar até ao abandono definitivo da vida acadêmica.

Visto isso, devem ser implementadas políticas sociais assistenciais de cunho financeiro, de modo a complementar as já existentes, como o Programa Bolsa Família<sup>2</sup>, evitando que o trabalho impeça o efetivo direito e exercício à educação. Ademais, devem as famílias priorizar a educação de seus pupilos, evitando ao máximo, expô-los ao exercício de qualquer atividade laboral, precocemente.

## **7 CONCLUSÃO**

O direito à educação é assegurado a todos, indistintamente, cabendo aos responsáveis por seu fomento: o poder público, a família e a comunidade agir em parceria de modo a buscar a efetivação desse direito positivado, assim satisfazendo o

---

<sup>2</sup> É um programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza. O programa busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde.

desenvolvimento intelectual e social do ser humano além de integrar sua condição de dignidade.

Através da presente pesquisa foi possível responder o questionamento que instaura o seu título: “ACESSO À EDUCAÇÃO: EFETIVIDADE OU APENAS POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO?”, como resultado ao questionamento, constatou-se que a educação, enquanto direito social, não vem sendo satisfeita em seus exatos termos, violando assim, o texto constitucional.

Não é aceitável qualquer forma de negligência, seja de quem for, quando se trata de educação e, como forma de ceifar a violação, sugere-se a realização de um trabalho coletivo, na busca por resultados satisfatórios com a concretude do insculpido no ordenamento jurídico, adotando-se as medidas pertinentes para punir os violadores e outras mais para suplementar as existentes.

Cabe ao Poder Público a tarefa de criar e efetivar políticas públicas e planos de trabalho que visem a aplicar dotações orçamentárias para a criação e disponibilizações de locais adequados de estudos para todos, oferta de vagas suficientes nas creches e escolas, preferencialmente nos bairros dos indivíduos, evitando dificuldades de locomoção, oferta gratuita de materiais didáticos, alimentação além de corpo docente capacitado para o ministro de aulas.

Da família, espera-se que cumpra seu dever de cuidado e proteção, conduzindo as crianças e adolescentes para os laços educacionais, acompanhando cada estágio da vida pedagógica, prestando incentivo e apoio, além de evitar submetê-los a realização de atividades que comprometam seu aperfeiçoamento nos estágios escolares. Diante de adversidades financeiras, devem procurar as instituições públicas sociais, que operam com respaldo nos programas estatais especializados em assistência financeira às famílias em situação de vulnerabilidade.

Quanto à comunidade, sendo a principal fiscal das políticas públicas e dos comportamentos sociais, é indispensável que se movimente através de denúncias e comunicações aos órgãos responsáveis quando verificar que o direito à educação é violado, pois somente a partir dessas notificações as autoridades competentes poderão tomar as pertinentes medidas para cessar a ofensa e, se necessário for acionar a família e responsáveis para adoção dos atos repressivos.

Diante desse estudo, foi possível verificar que a inexecução do direito à educação ocorre por fatores de ordem familiar e social. Que o Brasil ainda precisa empenhar esforços para sanar essas falhas, mas que se houver a realização de um trabalho coletivo entre o Estado, a família, e a comunidade, em busca de um ajuste ideal será possível a reversão

desse cenário, propiciando assim a efetividade do direito à educação nos termos constitucionalmente expressos.

## 8 REFERÊNCIAS

**Senado notícias. SENADO FEDERAL.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>. Acesso em: 1º/07/2019.

LISBOA, Ana Paula. **Após sair da faculdade, recém-formados enfrentam desemprego e subemprego.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2018/06/17/interna-trabalhoeformacao-2019,689082/apos-sair-da-faculdade-recem-formados-enfrentam-desemprego-e-subempre.shtml>. Acesso em: 1º/07/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, 2022.

BRASIL. Decreto Lei 2.848/1940. Código Penal, 2022

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Alexandre Pires; RALVES, Cláudio. O direito à privacidade frente aos avanços tecnológicos na sociedade da informação. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27972/o-direito-a-privacidade-frente-aos-avancos-tecnologicos-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 18/12/2018.

SOUZA, Evaldo de. A educação como direito público subjetivo (artigo 208, VII, § 1º, CF/88). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38504/a-educacao-como-direito-publico-subjetivo-artigo-208-vii-1-cf-88>. Acesso em: 08/10/2018.

BRÍGIDO, Carolina. STF confirma regra sobre idade mínima para matrícula em escola pública. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/stf-confirma-regra-sobre-idade-minima-para-matricula-em-escola-publica-22939849>. Acesso em: 8/11/2018.

HANZE, Amélia. Direito educacional e o direito à educação. Disponível em: <https://educador.brasilecola.uol.com.br/politica-educacional/o-direito-educacional-direito-educacao.htm>. Acesso em: 10/10/2018.



PENA, Rodolfo F. Alves. "Brasil: subdesenvolvido ou emergente?". Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/brasil-subdesenvolvido-ou-Emergente>. Acesso em: 10/10/2018.

CAMARGO, Wanda. E se o professor não existisse? Disponível em: <https://escolapadiao.com.br/e-se-o-professor-nao-existisse>. Acesso em: 14/02/2022.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. Esquematizado OAB. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TACASEY, Herman. Garantida por lei, autonomia das escolas não ocorre na prática. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/09/1922959-garantida-por-lei-autonomia-das-escolas-nao-funciona-na-pratica.shtml>. Acesso em: 16/02/2022.

WILLEMAM, Cyntia da Silva Almeida; POLICANI, Viviane Nogueira; outras. O Estado, A Família, A Escola E A Sociedade: Os Papéis Sócioinstitucionais Na Proteção Da Criança E Do Adolescente. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 10/01/2022.

ARIADNE, Queila. Diploma não garante emprego, e jovens repensam a carreira, O Tempo. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/diploma-nao-garante-emprego-e-jovens-repensam-a-carreira-1.1429031>. Acesso em: 24/07/2021.

Bom senso. Significados. Disponível em: <https://www.significados.com.br/bom-senso>. Acesso em: 1º/08/2021.

Brasileiros aderem aos cursos profissionalizantes para trabalhar. E+B Educação. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/carreira/brasileiros-aderem-aos-cursos-profissionalizantes-para-trabalhar>. Acesso em: 1º/08/2021.

Conheça quais são os cursos técnicos mais valorizados. Disponível em: <https://www.mundovestibular.com.br/articles/19617/1/cursos-tecnicos-mais-valorizados>. Acesso em: 1º/08/2021.

Trabalho Infantil, Causas. Fundação Telefônica Vivo. Disponível em: <https://fundacaotelefonicavivo.org.br/promenino/trabalho infantil/causas>. Acesso em: 1º/08/2021.

LISBOA, Vinícius. Agência Brasil explica: o que é o Sistema S, Novas entidades prestam serviços de forma independente. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/agencia-brasil-explica-o-que-e-o-sistema-s>. Acesso em 22/02/2022.

## **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: APLICAÇÃO DO PROGRAMA ESSA TERRA É NOSSA - “CO YVY ORE RETAMA” NO ESTADO DO TOCANTINS**

**JULIANE OLIVEIRA PORTILHO:**  
Acadêmica de Direito da Universidade de  
Gurupi – Unirg.

ALEXANDRE ORION REGINATO<sup>3</sup>.

(orientador)

**RESUMO:** A presente pesquisa vislumbra estudar sobre a Regularização Fundiária no Estado do Tocantins, com foco no projeto Essa Terra é Nossa. Tal projeto permite que os moradores regularizem suas terras para serem donos de fato e de direito. Ademais, apresentam-se os direitos fundamentais inerentes à propriedade, quais sejam os direitos à moradia e à propriedade para áreas invadidas ou ocupadas por famílias que foram ou serão beneficiadas pela regularização de assentamentos onde vivem. A presente pesquisa científica é montada de forma bibliográfica em caráter descritivo e explorativo, analisando os documentos já publicados e a legislação vigente para sua feitura.

**Palavras-chave:** Regularização Fundiária; Essa Terra é Nossa; Tocantins;

**ABSTRACT:** This research envisions studying the Land Regularization in the State of Tocantins, focusing on the Project Essa Terra é Nossa. Such a project allows residents to regularize their land to be de facto and right-end owners. In addition, the fundamental rights inherent to property are presented, namely the rights to housing and property for areas invaded or occupied by families that have been or will benefit from the regularization of settlements where they live. This scientific research is carried out in a descriptive and exploratory bibliographical way, analyzing the documents already published and the legislation in force for their making.

**Keywords:** Land Regularization; This Land is Ours; Tocantins;

**SUMÁRIO:** Introdução. 2. Direito A Propriedade E Sua Função Social. 3. Regularização Fundiária. 4. Projeto Essa Terra É Nossa. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

---

<sup>3</sup> Pós doutorando na Universidade do Vale do Itajaí com investigação na Universidade de Perugia - Itália. Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Processo Civil e Cidadania na linha de pesquisa Relações Negociais pela Universidade Paranaense, ( bolsista CAPES ,2014-2016). Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e Docente na Universidade de Gurupi – Unirg.

## 1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo, o Brasil passa por diversas modificações no que se diz sobre a ocupação de suas terras. Desde o Tratado de Tordesilhas até os dias atuais, existe uma necessidade de delimitar terras, mantendo assim, regularmente seus donos.

Nesse contexto, surge a regularização fundiária, a qual se encontra no Art. 46 da Lei nº 11.977/2009, que tem por finalidade regularizar assentamentos e a titularidade dos que ocupam, no intuito de garantir o direito real à moradia, à propriedade e respeitar assim o meio ambiente, contribuindo para o seu equilíbrio.

Pode-se considerar então que tal instituto é um processo social, jurídico e econômico de transformação, que com a intervenção do Estado na propriedade tanto privada quanto pública, demonstra-se através do interesse social. Destrate, busca-se trazer a devida regularidade das terras ocupadas que não estão regulamentadas com a lei, em um processo incessante pela promoção da função social da propriedade e o direito à moradia.

Ao buscar esta justa garantia constitucional, o estado do Tocantins replicou tais disposições por meio do programa Essa Terra é Nossa, visando assim dar segurança jurídica aos indivíduos que permanecem em terras que não estão devidamente regulamentadas, visando tornar os possuidores proprietários de fato e de direito, com acesso a créditos perante os bancos, direitos hereditários e até mesmo sua venda.

O procedimento desta pesquisa será através da ótica bibliográfica e documental indireta, analisando materiais já publicados, internet e a legislação vigente no momento de sua elaboração. Dessa forma, a importância dessa pesquisa reside na busca por uma reorganização do espaço territorial brasileiro, principalmente no desejo constante de preservação do meio ambiente, na ótica do espaço urbano, com ênfase à qualidade de vida da população.

## 2. DIREITO A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A propriedade é de natureza absoluta, porque é universal e os direitos reais conferem aos seus titulares os direitos mais amplos. No que diz respeito ao gozo e à alienação do seu domínio, esse gozo limita-se aos parâmetros determinados pelo público e outros direitos tripartidos. A *oponibilidade erga omnes*, impedindo o direito de terceiro sobre o bem, com exceto das situações condominiais. (RIOS, 2014)

A propriedade é diferente da posse. A propriedade é quando o imóvel, terreno ou a terra está registrada no cartório de imóveis. Ou seja, quando há um registro público, um papel do cartório, atestando aquele bem em nome da pessoa. Já a posse é o uso. É quando a pessoa mora ou trabalha, tendo ou não o documento. Mesmo que a pessoa não tenha a propriedade, ou seja, o documento registrado no cartório de imóveis, se ela tem a posse, ela tem direitos. (GUAICUY, 2021)

No bojo da Constituição Federal de 1988 mostra-se a proteção do direito à propriedade que, em suas linhas descritas, dá plenitude do cumprimento da sua função social:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (...)

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - Aproveitamento racional e adequado;

II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

A afirmação constitucional da função social da propriedade levará naturalmente a diferentes interpretações de seu escopo e significado. Para alguns, sua imposição significa agregar um aspecto básico ao conteúdo dos direitos de propriedade, caso contrário, devido à desfiguração da instituição, fica excluída sua proteção jurídico-constitucional. (LEAL, 2012)

Preliminarmente, destaca-se a diferenciação de função social e fim social, analisado por Costa (2003, p. 85 e 86) que diz:

Importante se faz alertar que o reconhecimento de que há na propriedade privada uma função social não é o mesmo que afirmar ter essa um fim social, vez que fim e função são conceitos inconfundíveis. Quando nos referimos ao fim de um determinado enunciado é o mesmo que delimitar sua destinação a um exercício fixado e imutável, estando o fim sob o aspecto externo do respectivo enunciado. Por sua vez, quando utilizamos o termo função, estamos mencionando sobre a “atitude histórica e concreta diante de situações sempre renovadas e diversas”, algo que está presente sob o aspecto interno do enunciado. Pelo exposto, constatamos que fim e função social não são sinônimos, já que o fim atinge a estrutura do enunciado e, assim, a natureza de uma situação jurídica, enquanto a função pertinente a sua eficácia no ordenamento jurídico.

A partir de tal conceituação, verifica-se que a função social da propriedade é um novo instrumento que surgiu para atender às necessidades sociais e econômicas. Portanto, não deve ser confundido com a função social da propriedade, bem como sua aplicação na doutrina e na jurisprudência. (ROSA, 2004)

Inicialmente pode-se dizer que a posse vem atender o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta afirmação será trabalhada no decorrer da pesquisa, em momento oportuno. E, os motivos pelo qual a posse é exercida estão fundamentados na posse trabalho e na posse moradia, pois é nestas ramificações da posse que vislumbramos melhor a função social da posse. Por isso pode-se dizer que a função social da posse não é limitação ao direito de posse. É sim, exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça. (ROSA, 2004, pg. 3)

Depois de desenvolvido o aspecto de construção da propriedade, o aspecto funcional deve ser analisado. Quando se fala sobre a função de um objeto, fala-se sobre sua utilidade, seu uso, para que serve, para que é apropriado. Sempre que uma função é

mencionada, é obviamente necessário relacioná-la a um processo, apresentação ou desempenho de algo, e essa ação certamente levará ao resultado ou produto que é de interesse para satisfazer uma necessidade ou desejo. (REIS, 2010)

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho para se impor perante todos (ALBUQUERQUE, 2002, p. 40)

Assim, a função ou funções de uma propriedade relacionam-se logicamente a uma aplicação dessa propriedade, uma aplicação que visa atingir a um determinado resultado. Ao falar da função do bem, ele quer se referir à meta do bem, mas a partir do processo do uso do bem, da própria ação que lhe é atribuída para atingir esse objetivo. (REIS, 2010)

Ao se referir à propriedade, a função lógica que advém é a função econômica. Apropriar-se de um determinado bem significa tomar as utilidades desse bem para si como forma de satisfazer necessidades e desejos. Tanto o é que, ninguém se ocupa de se apropriar de um bem se esse bem não comportar nenhum tipo de utilidade. Bem como, ninguém se preocupa também em tomar para si um bem inexaurível, ou extremamente abundante. Essas duas características são sempre apontadas nos manuais de economia como critérios para se dar valor econômico a um bem. Assim, falar em propriedade significa também que estamos falando em um conceito que, mesmo jurídico, tem suas bases fundadas na economia. (REIS, 2010, on-line)

Outrossim, o princípio da função social da propriedade se caracterizaria pela necessidade de preservar o direito básico e imediato à moradia e ao sustento material para a família, aliado ao princípio da dignidade humana.

### **3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**



A regularização fundiária é uma manifestação do direito social à moradia, portanto, é um direito que requer a atuação do Estado. Assim, a regularização fundiária torna-se uma política pública permanente, vinculada ao Estado e não apenas ao governo eleito em cada período eleitoral, até porque, para ser integralmente implementada, precisa ser trabalhada em mais de uma gestão. (PRESTES, 2011)

Ainda conforme Prestes (2011, p. 11):

A Constituição de 1988 expressa um conteúdo do denominado Estado socioambiental. Socioambiental é a afirmação de uma Constituição do Estado Social, que reconhece direitos fundamentais e fornece meios jurisdicionais para sua garantia. O direito à moradia é um direito social, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Em ligação, dispõe Reis e Oliveira (2017, p. 48):

A regularização fundiária torna-se necessária, útil e adequada nas hipóteses de adentramento ilícito da propriedade ou posse - em si é um problema social - pode gerar grandes conflitos urbano-rurais, ou colocar em risco a integridade física e patrimonial das pessoas, além de criar ou agravar a desigualdade social e o impacto ambiental. E também há razões de aumento da produtividade agrícola (em áreas rurais) e equidade ambiental ou social (em ambos os casos, urbano e rural), a formalização da terra é um fator importante para o desenvolvimento sustentável e deve coordenar a produção e o uso. (REIS; OLIVEIRA, 2017)

As irregularidades quanto à propriedade e a posse urbana e rural assumem escalas desmedidas em todo o território brasileiro. Por essa razão, legislações e programas nacionais, regionais e locais de regularização fundiária são indispensáveis para a promoção do desenvolvimento sustentável no país, observadas as competências dos entes federativos, e realizados de modo coordenado e sincrônico. Desenvolvimento que consiga ser indutor da produção de riqueza nas cidades e no campo, seguido de equidade social e de proteção ambiental. (REIS; OLIVEIRA, 2017, p. 48)

Conforme o art. 23 da Lei 13.465/2017, a legitimação fundiária dispõe de forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da REURB.

A regularização fundiária vai enfrentar um problema histórico no País e possibilitar o acesso ao título que garante o direito real sobre o lote das famílias, oferecendo segurança jurídica, a redução dos conflitos fundiários, a ampliação do acesso ao crédito, o estímulo à formalização de empresas e o aumento do patrimônio imobiliário do País. (BRASIL, 2021)

Este logrado direito é concedido àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente até 22 de dezembro de 2016.

Conforme o § 1º do mesmo preceito, a legitimação fundiária somente será concedida no âmbito da REURB-S se preenchidos os seguintes requisitos: a) o beneficiário não pode ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; b) o beneficiário não pode ter sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e c) em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, que seja reconhecido pelo Poder Público o interesse público de sua ocupação. Por meio da legitimação fundiária, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado (art. 23, § 2º, da Lei 13.465/2017) (TARTUCE, pg. 8, 2018)

Tal regra concretiza a afirmação de que a aquisição originária da propriedade, aquela em que há o contato direto entre a pessoa e a coisa, zera o domínio jurídico, fazendo desaparecer tudo o que nele incide, como é o caso das garantias reais e dos tributos que recaiam sobre o imóvel.

Está também previsto que deverão ser transportadas as inscrições, as indisponibilidades ou os gravames existentes no registro da área maior originária para as matrículas das unidades imobiliárias que não tiverem sido adquiridas por legitimação fundiária (art. 23, § 3º, da Lei 13.465/2017). Na mesma vertente, importante trazer à tona o conceito de regularização fundiária, que pode ser entendido como:

[...] conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação

de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (ANOREGMT, 2021, on-line)

Nessa perspectiva, para orientar a utilização desse instrumento, a Lei nº 11.977/2009 estabeleceu os seguintes princípios:

I – Ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – Articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – Participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização; IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – Concessão do título preferencialmente para a mulher. (BRASIL, 2009)

Dessa forma é perceptível que a regularização fundiária é de extrema importância, visto que, através de meios jurídicos consegue-se reconhecer a posse sobre a terra e permitir a emissão de título definitivo, possibilitando assim a inclusão do agricultor de maneira plena no meio rural.

#### **4. O PROJETO ESSA TERRA É NOSSA**

No Tocantins, existem imóveis rurais com vasto potencial produtivo que ainda não possuem título definitivo. Em tais terras, encontram-se apenas registros antigos, feitos no século XIX, tempo onde as propriedades ou as posses rurais eram cadastradas com fins estatísticos nas Paróquias de Terras, dirigidas pelos Vigários de Freguesia. Logo, eram títulos paroquiais. (ITERTINS, 2020, on-line)

O Programa Essa Terra é Nossa é de suma importância para o Estado, uma vez que oferece ao povo tocantinense o direito de fato à sua propriedade. Dessa forma, facilita para o Estado, a aplicação de maiores projetos, principalmente através da agricultura, visto que os donos que já possuíam a terra de fato há mais de 30 anos, mas não a tinham de direito, viabilizam hoje segurança jurídica que beneficia mais de 80 mil propriedades, promovendo ainda dignidade humana. (TJTO, 2020)

Assim, a edição da Lei nº 3.525/2019, feita pelo Estado do Tocantins, convalida títulos paroquiais feitos através de procedimento administrativo, passando para tais documentos a validade, ofertando segurança jurídica aos proprietários desses imóveis rurais.

O programa carrega o nome da expressão indígena “CO YVY ORE RETAMA” (“Essa terra é nossa”) que está escrita no brasão do Tocantins. A efetiva aplicação da regularização fundiária traz diversos benefícios e avanços ao Estado do Tocantins, pois soluciona um problema que perdura há mais de um século.

A partir de agora, a terra passará a ser de fato e de direito do seu proprietário. Estamos lidando com sonhos antigos de milhares de famílias, que esperavam por esse momento há muitos anos. O direito de posse é sagrado e o nosso Governo fez todo o trabalho possível para dar de forma legal e segura títulos a quase 85 mil propriedades, isso representa quase 30% do nosso território, são quase 10 milhões de hectares agora totalmente legalizados. (MIRANDA, 2020)

Com a finalidade de facilitar o acesso ao programa Essa Terra é Nossa, o Governo do Tocantins, institucionalizado através do Instituto de Terras do Tocantins (ITERTINS) e em parceria com a Agência de Tecnologia da Informação (ATI), elaborou a plataforma Sistema de Gestão Terra Nossa, uma ferramenta que objetiva diminuir o trâmite de regularização.

Esta ferramenta é disponibilizada no site <https://terranossa.to.gov.br/>, onde o cidadão pode enviar os laudos e os documentos que procuram confirmar tal direito, iniciando o processo de regularização, em conformidade com o Decreto nº 6.124, publicado no Diário Oficial do Estado (DOE) (MIRANDA, 2020)

Assim, dispõe o art. 2 do Decreto Estadual nº 6124/21, sobre os documentos e necessidades para convalidação do título:

Art. 2º O pedido de reconhecimento e convalidação de que trata o art. 1º deste Decreto, terá início mediante trabalho realizado por responsável técnico, e conseqüente requerimento a ser apresentado pelo interessado, por intermédio de procurador habilitado, nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), que deverá protocolá-lo no sistema eletrônico de gestão Essa Terra é Nossa, no site , instruído com os seguintes documentos:

I - quanto à situação jurídica do imóvel, ata notarial por quesito, elaborada nos termos do provimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ 65, de 14 de dezembro de 2017, em especial arts. 4º e 5º, que ateste:

a) inexistência de duplicidade de matrícula ou transcrição, validando sem interrupção a cadeia dominial do imóvel retificando;

b) justa e efetiva posse e exploração, no imóvel retificando;

c) anuência dos confrontantes nos limites do perímetro do imóvel retificando;

d) certidão negativa de ações judiciais que envolvam o imóvel retificando, a ser expedida pelo foro competente;

e) certidão de inteiro teor da matrícula ou transcrição do imóvel retificando e dos imóveis confrontantes registrados em circunscrição imobiliária diversa daquela em que registrado o imóvel retificando;

f) planta e memorial descritivos do imóvel retificando, assinados pelo proprietário e pelo responsável técnico credenciado junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e ao Instituto de Terras do Tocantins - ITERTINS;

g) arquivos digitais, no formato "DWG" e "KML", acompanhado dos arquivos de levantamento, no formato "RINEX" e da planilha eletrônica ".ods";

h) número do protocolo de envio de dados no Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF (INCRA);

i) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, se preexistente; [...] (GOVERNO DO TOCANTINS, 2020)

Dessa forma, observam-se as vantagens trazidas pela implantação do programa Essa Terra é Nossa para o Tocantins, pois além de um meio garantidor do princípio da propriedade, traz também diversos benefícios para a economia do Estado.

Pelo menos através da letra da lei, as disposições são extremamente plausíveis para o contexto social, uma vez que permitem aos cidadãos que têm o título, a segurança jurídica para poderem investir na terra. Apesar de ser muito recente, abarca-se tal projeto na própria Constituição Federal, como já discorrido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à propriedade vem abarcado na própria Constituição Federal, que protege e assegura o direito do indivíduo à moradia, além do mais, abarca princípios norteadores como o da dignidade da pessoa humana. Assim, para que o indivíduo venha possuir esse direito em sua plenitude, faz-se necessário que o mesmo possua seu título devidamente regularizado.

A regulamentação fundiária resguarda ao indivíduo tal direito, principalmente como meio de ter seguridade plena para investir na terra onde habita, sem correr risco de futuras constringências ou perda do que já foi investido. Principalmente no Tocantins, que é um Estado com forte presença da agropecuária, sendo este o fator determinante para movimentação e crescimento econômico.

O programa Essa Terra é Nossa foi criado para regularizar tais terras que possuem somente registros antigos e contribui diretamente para a movimentação econômica do Estado e a plena segurança jurídica daqueles que possuem terra nessa situação, os quais podem agora investir e buscar financiamentos para aumentar a produção na terra.

O programa, como é muito recente, não possui resultados concretos de sua implantação, porém já se percebe a facilidade que o mesmo trará na efetivação dos direitos dispostos na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12.

BRASIL. **Regularização Fundiária e Melhoria Habitacional**. <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/casa-verde-e-amarela/regularizacao-fundiaria-e-melhoria-habitacional>. 2020. Acesso em:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/vivTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>. Acesso: 22 de outubro de 2021

BRASIL. LEI Nº 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 21 de outubro de 2021



COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Decreto N° 6124 DE 10/07/2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=398484>. Acesso: 15 de setembro de 2021

GUAICUY. Regularização fundiária: 5 fatos que todo mundo precisa saber. Publicado em: 19 de maio de 2021. Disponível em: <https://guaicuy.org.br/regularizacao-fundiaria-que-todo-mundo-precisa-saber/?amp>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

GOVERNO DO TOCANTINS. **Essa Terra é Nossa**. 2021. Disponível em: <https://www.to.gov.br/itertins/essa-terra-e-nossa/7k4wui7tr21m>. Acesso: 12 de setembro de 2021

MIRANDA, Rafael. Lançamento: **Essa Terra É Nossa, maior programa de regularização fundiária já registrada no Tocantins**. Disponível em: <https://www.agora-to.com.br/component/k2/item/160889-lancamento-essa-terra-e-nossa-maior-programa-de-regularizacao-fundiaria-ja-registrada-no-tocantins>. Acesso em: 12 de setembro de 2021

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **A Regularização Fundiária na Ordem Jurídica**. 2011. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/ressanear/arquivos/cartilha\\_regularizacao\\_fundiaria.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/ressanear/arquivos/cartilha_regularizacao_fundiaria.pdf). Acesso: 22 de outubro de 2021. p. 11 a 19

TJTO. **Após iniciativa do Judiciário, governo do Estado lança “Essa Terra é Nossa”, programa de regularização fundiária**. Publicado em: 22 Julho 2020. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/7196-apos-iniciativa-do-judiciario-governo-do-estado-lanca-essa-terra-e-nossa-programa-de-regularizacao-fundiaria>. Acesso em: 22 de outubro de 2021.

REIS, Emilen Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Regularização Fundiária Urbana E Rural: Necessidade De Marcos Teóricos E De Políticas Públicas Distintos**, 2017. Revista Brasileira de políticas públicas. Disponível em: doi: 10.5102/rbpp.v7i2.4748. Acesso: 10 nov. 2021.

REIS, João Emilio de Assis. **A propriedade privada na Constituição Federal de 1988: Direito fundamental de dimensões sociais**. Disponível em:

<https://www.google.com.br/amp/s/ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-propriedade-privada-na-constituicao-federal-de-1988-direito-fundamental-de-dimensoes-sociais/> Acesso: 8 de agosto de 2021

ROSA, Marizélia Peglow da. **A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE, NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL, ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E À MORADIA.** Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia\\_peglow\\_da\\_rosa-1.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf) Acesso: 12 de outubro de 2021

RIOS, Thiago. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27032>. Acesso em: 10 nov. 2021.

## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

**JULIANA BARRETO DE CARVALHO AMORIM:**

Advogada. Especialista em Direito Público. Especialista em Ciências Penais. Especialista em Investigação Forense e Perícia Criminal.

**Resumo:** O trabalho que se apresenta pretende realizar uma breve análise a respeito dos aspectos jurídicos relativos à aplicabilidade da responsabilização penal às pessoas jurídicas em decorrência da prática delituosa. Para tanto, serão apresentados ensinamentos doutrinários acerca da responsabilização penal clássica. Em sequência, serão explanadas as principais teorias sobre a natureza jurídica do ente coletivo. Nessa senda, discutir-se-á acerca da capacidade de ação e da culpabilidade dessas entidades. Também serão apresentadas as teorias sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica. Desse modo, serão explicitadas as razões jurídicas pelas quais a responsabilização penal da pessoa jurídica vem sendo admitida no Brasil, enfatizando-se o posicionamento da jurisprudência pátria sobre a temática.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico. Criminalidade corporativa. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Breves Anotações sobre as Responsabilidades Individual e Coletiva 3. Teorias sobre a Natureza Jurídica do Ente Coletivo 3.1. Teoria da ficção 3.2. Teoria da realidade 4. Responsabilidade Penal, Capacidade de Ação e Culpabilidade 5. Insuficiência das Responsabilidades Civil e Administrativa 6. Teorias sobre a Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica

### 1. Introdução

O assunto que será apresentado neste trabalho reflete uma realidade que se mostra hodiernamente. A pessoa jurídica consubstancia-se uma entidade composta por pessoas físicas e por bens, passível de ser sujeito de direitos.

Nessa senda, a questão que será analisada ao longo deste trabalho circunda a discussão acerca da capacidade das pessoas jurídicas para agir no campo delitivo e para responder pelo crime decorrente de sua atividade. Assim, o presente trabalho objetiva desmistificar a possibilidade do ente coletivo responder penalmente por crimes cometidos no ambiente corporativo, mormente crimes ambientais e econômicos.

Nos dias atuais, vê-se, não raramente, o crescimento quase incontido da proliferação de crimes econômicos e ambientais, em sua grande maioria, com a participação cada vez mais incisiva das grandes empresas, emergindo a necessidade da responsabilização da pessoa jurídica, visto que a imputação de um fato delituoso ao

indivíduo responsável pela empresa e a responsabilidade civil ou administrativa do ente coletivo não são mais eficientes para conter e controlar as suas atividades, e, em consequência, os crimes por ventura por elas cometidos.

Nesse sentido, será questionado se um sistema penal voltado para a punição individual, como é o vigente no Brasil atualmente, consegue se amoldar à realidade que se mostra diante dos olhos da sociedade hodierna no que concerne aos crimes cometidos pela pessoa jurídica em sua atividade.

## 2. Breves Anotações sobre as Responsabilidades Individual e Coletiva

Antes de se focar nas discussões acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, faz-se necessário tecer alguns comentários concernentes ao campo das responsabilizações individuais e coletivas conhecidas ao longo da história da humanidade para se entender os fundamentos da responsabilidade penal coletiva.

Durante toda a evolução das civilizações, diversas concepções de caráter individualista ou coletivista têm surgido. O entendimento individualista da responsabilidade penal que existe atualmente surge no século XVIII e é fruto da Revolução Francesa com seus ideais iluministas. Nem sempre foi assim.

Cumprir registrar que não era raro algumas civilizações dos períodos Antigo e Medieval apresentarem sanções coletivas aplicadas à família, às tribos, às vilas e às cidades. Exemplo disso encontra-se no Código de *Hammurabi*, onde existia a possibilidade da pena passar da pessoa do condenado e da cidade ser responsável por alguns crimes. Além disso, pode ser citada como exemplo da responsabilidade coletiva a responsabilidade familiar tradicional existente no Japão, principalmente pelos crimes de traição.

Podem ser percebidos alguns traços do que hoje se conhece por pessoa jurídica já na Antiguidade. No Direito Romano não existia a figura da pessoa jurídica da maneira como é entendida atualmente, no entanto, existiam as corporações, conhecidas como *universitas*, que possuíam direitos e obrigações diferentes dos de seus membros. Aqui era reconhecida a capacidade delitiva das corporações e, se restasse provada a sua irresponsabilidade, cabia a seus membros a responsabilidade pelo delito das corporações em alguns casos, como explica Bitencourt:<sup>4</sup>

[...] segundo Ulpiano, podia ser exercida a *actio de dolus malus* (a acusação) contra o município, que era a corporação mais importante. Quando o "coletor de impostos" fizesse cobranças indevidas, por exemplo, enganando os contribuintes e enriquecendo

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. v. 2. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 07

indevidamente a cidade, podia ser exercida a *actio de dolus malus* contra o município. Comprovada a (ir)responsabilidade dos “coletores”, os habitantes da cidade deviam indenizar os contribuintes lesados (Digesto, 4,3,15,1). A partir desse entendimento, os *romanistas* passaram a sustentar a existência da *capacidade delitiva das corporações* no Direito Romano.

Portanto, percebe-se que nesse período já existe diferença entre as responsabilidades individual e coletiva.

Já no Período Medieval, a pessoa jurídica ainda não era conhecida, contudo, as corporações continuaram a existir e passaram a ter responsabilidade pelos delitos que cometiam contra a ordem social, passaram, então, a ser vistas como “*a soma e a unidade de membros de direito [...] que podiam delinquir*”<sup>5</sup>. Havia ainda a imputação individual, já que o membro da corporação podia também responder individualmente. Diante deste quadro, a responsabilidade da *universitas* (corporação) do período medieval é explicada por Bitencourt<sup>6</sup> da seguinte maneira:

Era indispensável, para configurar um crime conjunto da corporação, a existência de uma ação corporativa, decorrente de uma decisão coletiva dos membros da corporação. A ação realizada com base nas decisões tomadas pela maioria era equiparada à ação decorrente de decisão da totalidade do conjunto. Fora dessas hipóteses, a responsabilidade pela ação era atribuída ao membro da corporação individualmente responsável, segundo os princípios da imputação individual.

Mas foi no Direito Canônico que surgiu a figura da pessoa jurídica com o nascimento da igreja, pois, para essa instituição, os direitos que ela possuía pertenciam a Deus, que era o titular dos direitos eclesiásticos, representado pelo chefe da comunidade eclesiástica. Aqui surge o conceito de pessoa jurídica com capacidade jurídica. É o que afirma Amorim<sup>7</sup> ao ensinar que “[...] foi no Direito canônico que ocorreu a construção da teoria da personalidade jurídica, com o advento da Igreja”.

---

<sup>5</sup> *Idem, Ibidem*. p.8. Nota 01.

<sup>6</sup> *Idem, Ibidem*. p.8. Nota 01.

TAMORIM, Carpena. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: [http://www.tj.rj.gov.br/adm\\_geral/editoriais/responsabilidade\\_penal\\_da\\_pessoa\\_juridica.htm](http://www.tj.rj.gov.br/adm_geral/editoriais/responsabilidade_penal_da_pessoa_juridica.htm). Acesso em: 16/09/2008

Corroborando esse entendimento está o pensamento de Bitencourt<sup>8</sup>:

Segundo Gierke e Binder, pode-se afirmar que os canonistas foram os pais espirituais da moderna concepção de corporação [...]. Na verdade, a partir daqui a pessoa jurídica passa a ser considerada uma pessoa ficta, cujo entendimento chega até nossos dias. Constata-se do exposto grande semelhança entre a teoria elaborada pelos canonistas e a teoria da ficção do século XIX, que recebeu o conhecido polimento de Savigny.

Portanto, vislumbra-se que foi na Idade Média que a responsabilidade coletiva foi reconhecida na forma da figura da pessoa jurídica, sem prejuízo da existência da responsabilidade individual.

### **3. Teorias sobre a Natureza Jurídica do Ente Coletivo**

Para que possa ser discutido o campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz-se mister uma análise das teorias que fundamentam o surgimento da pessoa jurídica. Existem diversas teorias sobre o tema, no entanto, duas são clássicas dentro do universo jurídico, quais sejam: a da ficção legal e a da realidade.

#### **3.1. Teoria da ficção legal**

A teoria em foco tem como principal expoente Friederich Karl Von Savigny e enxerga as pessoas jurídicas como entidades coletivas criadas por lei com características de artificialidade e com a finalidade de exercer, dentre outras, funções sociais. A pessoa jurídica é, portanto, mera ficção jurídica. Essa teoria nasceu no Direito Germânico como fundamento da personalidade jurídica. Ao se referir ao pensamento de Savigny, Souza<sup>9</sup> reza que:

A concepção geral da ficção estabelecida por Savigny considera que cada direito supõe essencialmente um ser ao qual ele pertence. Segundo ele, somente o homem, por sua natureza, possui aptidão de ser sujeito de direito. Dessa forma, ao lado do homem, único sujeito de direito, o legislador aceita a criação de uma outra pessoa jurídica, constituída em um grupamento de pessoas e bens.

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 9. Nota 01.

<sup>9</sup> SOUZA, Keity Mara Ferreira de. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica. Enfoques comparado, doutrinário e legal. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1716>. Acesso em 10/09/08.



Assim, a teoria da ficção defende a existência de uma pessoa fictícia representante de um grupo de indivíduos que deve ser vista como uma pessoa real possuidora de direitos, contudo, não possui capacidade de ação, visto que sua atividade é desenvolvida por pessoas físicas. Daí decorre uma das mais ferrenhas críticas à teoria da ficção, pois, se para essa doutrina, o homem é o verdadeiro sujeito de direitos e só a ele podem ser conferidos esses direitos, como pode a pessoa jurídica ser sujeito de direitos? Tal crítica já se encontra superada, visto que já não existem mais controvérsias no que concerne à capacidade de ser a pessoa jurídica sujeito de direitos.

### **3.2. Teoria da realidade**

A teoria da realidade apresenta como seu maior defensor Otto Gierke e entende que as pessoas jurídicas têm existência real e essa existência é diferente das dos indivíduos que a integram. Em conformidade com o pensamento manifestado pela teoria em tela, que se opõe à teoria da ficção, Smanio<sup>10</sup> ensina que:

“[...] a pessoa jurídica é um autêntico organismo, realmente existente, ainda que de natureza distinta do organismo humano. A vontade da pessoa jurídica é distinta da de seus membros, que pode não coincidir com a vontade da pessoa jurídica. Assim, a pessoa jurídica deve responder criminalmente pelos seus atos, uma vez que é o verdadeiro sujeito do delito”.

Dessa maneira, vislumbra-se que a teoria da realidade afirma e demonstra a real existência do ente coletivo, acrescentando ainda que a pessoa jurídica possui vontade própria diferente da vontade da pessoa física que a integra.

### **4. Responsabilidade Penal, Capacidade de Ação e Culpabilidade**

Para que exista a responsabilidade penal é necessário que existam o fato delituoso e a culpabilidade, esta vista sob a ótica da teoria normativa pura, através da qual a culpabilidade se apresenta como sendo um juízo de reprovação ao agente do fato punível, ou seja, um juízo de censura pela realização de um fato típico e antijurídico.

São três os elementos constitutivos da culpabilidade no sentido referido, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Estes elementos precisam estar presentes para que se possa responder penalmente por um crime. A imputabilidade caracteriza-se pela capacidade de ser culpável e para que se possa ser culpável é imprescindível a capacidade de ação. Dessa forma, percebe-se que a culpabilidade está intimamente ligada à capacidade de agir, visto que

---

<sup>10</sup>SMANIO, Gianpaolo Poggio. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5713>. Acesso em: 10/09/2008.

quem não tem esta capacidade não pode ser culpável. Este é um dos principais argumentos utilizados por aqueles que não admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois, se, para eles, o ente coletivo não tem capacidade de ação, não pode ser, portanto, culpável.

Quando se refere à capacidade de ação no Direito Penal, percebe-se que todos os modelos clássicos de ação existentes apresentam o caráter de ação humana. Citando Santos<sup>11</sup>, podem ser apresentados os seguintes exemplos: a) o modelo causal de ação humana afirma a ação como “causação de modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário”; b) o modelo final de ação diz que “Ação humana é exercício de atividade final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para realização destes fins.”<sup>12</sup>; c) ainda segundo Santos<sup>13</sup>, no modelo social de ação, esta é vista como “comportamento humano socialmente relevante”; d) o modelo negativo de ação, por sua vez, afirma ação como “não evitação do comportamento proibido”<sup>14</sup>; e) já o modelo pessoal de ação define ação como “manifestação da personalidade humana”<sup>15</sup>.

Assim, percebe-se que no Direito penal Clássico, a capacidade de ação está diretamente voltada para o ser humano, sendo assim, só ele pode ser culpável e só ele pode ser responsabilizado criminalmente. Corroboram esse entendimento os princípios da personalidade das penas e da individualização das penas, entre outros.

É nesse terreno que se encontra a incompatibilidade da teoria da realidade com os clássicos dogmas do Direito Penal, visto que aquela acredita na capacidade de ação da pessoa jurídica enquanto estes afirmam a existência da capacidade delitiva exclusivamente humana.

## 5. Insuficiência das Responsabilidades Civil e Administrativa

É notório o importante papel que vem sendo exercido pelas pessoas jurídicas na sociedade. Também é certo o crescimento dos crimes econômicos e ambientais decorrentes das pessoas jurídicas. Sabe-se que a responsabilização civil e a administrativa desses entes estão previstas no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a questão que

---

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2000. p. 10-27.

12 WELZEL. Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 14. Nota 08.

13 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 10. Nota 08.

14 *Idem, Ibidem.* p. 10.

15 *Idem, Ibidem.* p. 10.

aqui se propõe e que é de grande importância para o tema proposto neste artigo é saber se as responsabilidades civil e administrativa são suficientes para regular as atividades da pessoa jurídica.

A responsabilidade civil está prevista na legislação civil na forma de reparação de danos, posto que o Código Civil prevê nos artigos 186, 187 e 927 que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Diz ainda o mesmo instituto no parágrafo único do artigo 927 que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Diante disso, percebe-se que a responsabilização civil resume-se à indenização pela lesão a um direito, constituindo-se uma reparação decorrente de uma violação a uma norma jurídica.

Com relação à responsabilidade administrativa, sabe-se que ela decorre do poder de polícia que tem o Estado para controlar os atos de seus subordinados, é uma responsabilidade que provém da supremacia do interesse público, recaindo o poder de polícia na sua forma repressiva sobre bens, atividades ou direitos. Ocorre que quando da aplicação das sanções administrativas a Administração precisa fundamentar seus atos, e, quando se trata de atos discricionários, essa discricionariedade está limitada apenas pelo interesse público.

Discorrendo sobre o tema, Sanctis<sup>16</sup> diz que *“a responsabilidade civil ou administrativa não impede a imputação penal, uma vez que essas visam reparar o dano ou atuar de forma preventiva, com o fito de se reduzir os prejuízos à coletividade, enquanto que o direito penal possui o condão de punir os atos que causam perturbação à ordem pública”*.

Shecaira<sup>17</sup> acrescenta ainda que *“há necessidade de uma pena de cunho processual criminal e não de uma medida semelhante no plano administrativo ou civil, pois a carga estigmatizante e mais gravosa da sanção penal, sob o aspecto ético, reflete-se na própria imagem da empresa”*.

Dessa forma, percebe-se que a responsabilidade civil e a administrativa da pessoa jurídica não conseguem conter as ações criminosas que acontecem todos os dias tendo como sujeito ativo entes coletivos, sejam grandes empresas, organizações criminosas,

---

<sup>16</sup>Apud SAKAE, Lucia Reiko. A Responsabilidade Penal da pessoa jurídica. Disponível em: [http://www4.mackenzie.com.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/04.pdf](http://www4.mackenzie.com.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf). Acesso em: 10/09/2008.

<sup>17</sup> Apud Idem, *Ibidem*.

dentre tantas outras. A criminalidade moderna cresce alarmadamente e indenização e/ou sanções administrativas não estão conseguindo contê-la.

## 6. Teorias sobre a Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica.

Sobre o tema, destacam-se três doutrinas. A que não admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, aquela que defende a aplicação de medidas especiais para responsabilizá-la e aquela que admite a responsabilização penal.

A corrente que não admite que a pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente, calcada no princípio da *Societas delinquere non potest*, baseia-se nos ensinamentos do Direito Penal Clássico e na Teoria da Ficção de Savigny, portanto, afirma que sendo a pessoa jurídica criação fictícia dos homens, não pode responder criminalmente, pois não apresenta capacidade de ação e nem culpabilidade. É o entendimento calcado no princípio da personalidade das penas, devendo ser punido apenas aquele que é responsável pela empresa, ou seja, a pessoa física, pois dela advém a vontade ou a conduta delinquente. Referindo-se a esse pensamento Bitencourt<sup>18</sup> faz a seguinte indagação: "*Como sustentar que a pessoa jurídica, um ente abstrato, uma ficção normativa, destituída de sentidos e impulsos, possa ter vontade e consciência? Como poderia uma abstração jurídica ter 'representação' ou 'antecipação mental' das consequências de sua 'ação'?*".

Já a responsabilização penal da pessoa jurídica por meio de medidas especiais é um instrumento utilizado entre a responsabilização civil e a penal, visto como um caminho para se dirimir a periculosidade encontrada nas atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas. É o denominado Direito de Intervenção, resumido assim: "*[...] seria um meio-termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a criminalidade coletiva*"<sup>19</sup>.

Smanio<sup>20</sup> acrescenta ainda que "*O Direito de Intervenção para as pessoas jurídicas é visto no direito português como Direito de mera ordenação social, situado entre o Direito Penal e o Civil, em que são passíveis as aplicações de sanções como a multa, por exemplo, mas sem implicar sanção penal*".

---

<sup>18</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 13. Nota 01.

<sup>19</sup>HASSEMER, Winfried. *Apud* SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** Disponível em: <http://juridico.visaonet.com.br/artigos/juridica.doc>. Acesso em : 22/11/2007.

<sup>20</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* Nota 07.

Segundo Luiz Flávio Gomes<sup>21</sup>, as sanções aplicáveis à pessoa jurídica fazem parte de um direito judicial sancionador, visto que não podem ser consideradas sanções penais frente à natureza *sui generis* da pessoa jurídica. Explicitando o seu entendimento está o seguinte trecho de um artigo de sua autoria:

Não se trata, destarte, nem de Direito Penal, nem de Direito Administrativo. Não é tema do Direito Penal do *ius libertatis* porque, dentre as sanções cominadas para a pessoa jurídica, obviamente, não consta a privação da liberdade. Não é assunto do Direito Administrativo porque não é a autoridade administrativa a competente para impor tais sanções. Cabe ao juiz fazer isso, no seio de um processo penal, com observância de todas as garantias constitucionais e legais pertinentes. Conclusão: é matéria do Direito judicial sancionador, que se caracteriza justamente pelo fato de se exigir a intervenção judicial para a imposição da sanção prevista em lei.

A terceira corrente citada entende que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, é a teoria baseada no princípio da *Societas delinquere potest*. No entanto, ressalta que os conceitos do Direito Penal Clássico não são aplicáveis a essa responsabilização, visto que as noções de conduta e de culpabilidade consideram a ação humana, no sentido de ser o fato delituoso imputado apenas aos seres humanos. É uma visão individualista do mundo, que surgiu no Iluminismo e foi adotada pelo Direito Penal da época. Contudo, esse não é o entendimento adotado por esta teoria, que percebe claramente o alargamento da criminalidade decorrente das atividades da pessoa jurídica, não sendo mais a responsabilização civil e administrativa suficientes para conter e punir a criminalidade, principalmente a econômica e a ambiental, decorrente dessas atividades. Segundo esta doutrina os dogmas clássicos do Direito Penal precisam passar por um processo de transição para se adaptar a essa realidade. Há, portanto, a necessidade evidente e urgente da existência de um sistema penal que possa responsabilizar aqueles entes que ofendem os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

## 7. Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica

O argumento mais utilizado pela corrente que defende a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica é aquele que traz em sua essência a incompatibilidade dos conceitos clássicos do Direito Penal com essa responsabilização, ou seja, para essa doutrina, o ente coletivo não pode ser responsabilizado criminalmente porque não possui capacidade de

---

<sup>21</sup>GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da responsabilidade pessoal**. Material da 1ª aula da Disciplina Culpabilidade e responsabilidade pessoal do agente, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG. p. 4.

agir, já que a ação é humana, e, por isso, a pessoa jurídica não pode ser culpável. É um entendimento individualista do mundo que não corresponde mais à realidade vivenciada nos dias de hoje.

As entidades coletivas dotadas de personalidade jurídica existem, é indiscutível. São, ainda, capazes de possuírem direitos. É certo que são compostas, dirigidas, supervisionadas e administradas por pessoas físicas, mas sua atividade é fruto de uma decisão ou ação em prol dos objetivos da pessoa jurídica. O que se quer dizer é que não há mais como se negar a capacidade de agir de um ente coletivo, através de pessoas físicas, é claro, mas que vai determinar o caminho a ser tomado pela pessoa jurídica, inclusive quando se tratar de atividade ou conduta delitiva. Os crimes econômicos, os crimes ambientais, as organizações criminosas e a lavagem de dinheiro só confirmam o entendimento de que a pessoa jurídica tem capacidade para delinquir e, conseqüentemente, para ser culpável.

Sabe-se que admitir a capacidade de agir num sistema penal que visualiza apenas o indivíduo como réu no processo é ir ao encontro de todo um pensamento construído em bases sólidas, no entanto, traduz-se numa necessidade dos tempos modernos. É preciso a existência de um sistema que possa conter as ações criminosas decorrentes dessas entidades. É necessário que haja uma nova visão do Direito Penal Clássico no que se refere à admissibilidade da capacidade delitiva da pessoa jurídica.

Explicitando o pensamento de que há necessidade de criação de um sistema capaz de solucionar a criminalidade da pessoa jurídica está Smanio<sup>22</sup>:

Um dos principais aspectos da mudança está exatamente no reconhecimento da capacidade penal da pessoa jurídica. Todas as correntes doutrinárias reconhecem a importância da pessoa jurídica na criminalidade dos dias atuais. Desde a efetuação do crime até a sua ocultação, como a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes, o que constitui, por si só, crime. As diferenças ocorrem apenas quanto à forma de atuação do Direito em face desta realidade.

Corroborando este entendimento encontra-se o pensamento de Santos Barbero<sup>23</sup>, que reforça a inevitabilidade de mudança na visão do Direito Penal clássico para que seja admitida a responsabilização criminal do ente coletivo: *“Há que ficar claro que não repelimos a idéia de que se possa usar do Direito Penal para sancionar atuações das pessoas jurídicas. [...] os princípios que servem de fundamento do Direito Penal atual*

<sup>22</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* Nota 07.

<sup>23</sup> *Apud* CERNICCHIARO, COSTA JR; Luiz Vicente, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 164.



*dificultam que ele possa abarcar hoje, em países que não sigam o sistema do Common Law, os entes coletivos. Nada haverá a objetar se estes princípios mudarem.”*

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a capacidade da pessoa jurídica de agir deve ser reconhecida. Já é o que acontece quando se fala nas suas responsabilidades civis e administrativas, não existindo mais dúvidas quanto a essa capacidade no campo penal. Segundo Smanio<sup>24</sup>, “a capacidade de agir está voltada a uma vontade própria da pessoa jurídica”, a qual é denominada de vontade institucional e é explicada de forma clara por Fausto de Sanctis<sup>25</sup>:

[...] as pessoas jurídicas possuem vontade própria e se exprimem pelos seus órgãos. Essa vontade independe da vontade de seus membros e constitui uma decorrência da atividade orgânica da empresa. Conclui-se, portanto, que diante dessa vontade própria é possível o cometimento de infrações, de forma consciente, visando à satisfação de seus interesses.

Smanio<sup>26</sup> explica a conduta da pessoa jurídica, considerando que tal conduta apresenta três aspectos, quais sejam, o normativo, o organizacional e o interesse econômico:

A decisão institucional é um produto normativo estipulado no estatuto social, de acordo com a legislação vigente em cada país, em que há divisão de funções internas, de administração, e externas, de representação, havendo fixação de atribuições e responsabilidades [...]. A organização está diretamente relacionada com a ordem normativa, entretanto, manifesta-se autonomamente, posto que engloba a coletividade humana que integra a empresa[...]. O interesse econômico está na gênese das empresas, ou seja, na própria razão da sua formação, constituindo ao mesmo tempo seu objetivo.

Aqui se evidencia a Teoria da Vantagem Econômica, que defende que a teoria do risco da empresa legitima a responsabilidade da pessoa jurídica, visto que o interesse econômico da empresa é o verdadeiro objetivo da sua ação, sendo, ainda, esse interesse, diverso dos interesses daqueles que a integram, ou seja, a empresa possui vontade institucional diferente das pessoas físicas que a compõem. Esse pensamento tem se

---

<sup>24</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* Nota 07.

<sup>25</sup> Apud SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* Nota 07.

<sup>26</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.* Nota 07.

consolidado na comunidade Européia e demonstra que a capacidade de agir da empresa existe e é diversa da de seus membros.

Nesse sentido, faz-se necessário registrar a existência do sistema de dupla imputação, posto que a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do crime não prejudica a responsabilidade penal de seus membros, na medida de suas culpabilidades, quando estes concorrem para o cometimento do crime. Ou seja, a imputação penal individual existe mesmo existindo a imputação coletiva, visto que a vontade da pessoa física é distinta da pessoa jurídica. Isso traz à baila a idéia de que a pessoa física não pode mais agir em nome da pessoa jurídica se valendo da incapacidade penal desta, além disso, mostra-se de grande importância no que concerne à figura do “laranja” tão conhecido no universo da criminalidade econômica moderna.

É nesse campo da responsabilidade da pessoa jurídica que é preciso ressaltar a responsabilidade por ricochete existente no direito francês. Diferentemente da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que existe no direito anglo-saxão, a responsabilidade por ricochete significa o empréstimo da culpabilidade existente na responsabilidade penal individual para a responsabilização do ente coletivo. É responsabilidade por ricochete porque, em primeiro lugar, deve ser responsável pelo crime a pessoa física, ou seja, a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da prática de um crime por uma pessoa física. Luiz Régis do Prado ensina como se dá a responsabilidade em análise:

[...] a responsabilidade penal da pessoa jurídica é explicada pela doutrina francesa através do mecanismo “emprunt de criminalite”, feito à pessoa física pela pessoa moral, derivando daí a denominação de responsabilidade subsequente, por ricochete ou de empréstimo que tem como suporte uma ação humana.

No Brasil, a responsabilidade por ricochete, denominada dupla imputação, embora tenha sua importância por segregar a responsabilidade da pessoa jurídica da responsabilidade da pessoa física, não prosperou, considerando que o Supremo Tribunal Federal rechaçou a ideia de que a responsabilização da pessoa jurídica depende da responsabilidade da pessoa física. Para a Corte Suprema, a responsabilidade da pessoa jurídica independe da responsabilidade da pessoa física, como firmado nos precedentes RE 628582 RS, RMS 39173 BA e RE 548181 PR.

Outro argumento muito utilizado pelos que não admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a impossibilidade de aplicação das sanções penais a essas entidades. Sabe-se que a pena existente no sistema penal individual é, em sua maioria, a privativa de liberdade. É notório que a pena privativa de liberdade é incompatível com a natureza

jurídica do ente coletivo, ou seja, não há como aplicar a pena privativa de liberdade à pessoa jurídica. Há, portanto uma justificada resistência às penas tradicionais.

No entanto, cumpre afirmar que o sentido da sanção aplicável à pessoa jurídica é diverso daquele existente na sanção aplicável à pessoa física, pois aquela possui uma maior responsabilidade perante a sociedade, visto que os crimes por ela cometidos são, em sua maioria, crimes que violam bens jurídicos supra-individuais, o que faz surgir a necessidade de uma sanção que seja capaz de conter essa violação. As principais sanções recomendadas são a pena restritiva de direitos, a multa, a perda de bens, a prestação de serviços à comunidade, a divulgação de sentença, dentre muitas outras.

Cernichiaro<sup>27</sup> analisa as sanções aplicáveis à pessoa jurídica da seguinte forma:

É certo, há evidente incompatibilidade entre as pessoas jurídicas e as penas privativas de liberdade. Todavia aplicáveis as restritivas de direito; por força de lei, poderão ser definidas como penas principais. A interdição de funcionamento, a dissolução da entidade, além da perda de bens, mencionadas no art. 5.º, XLVI, "b", da Constituição, superam a resistência com facilidade.

Referindo-se à eficácia das sanções, o mesmo autor<sup>28</sup> estabelece que:

As sanções devem ser eficazes. Não se pode prescindir da interdição de estabelecimento, da sede da associação ou da sociedade, suspensão de suas atividades e da dissolução compulsória. A multa, por si só, poderá ser ineficaz, ou mesmo estímulo para novos ilícitos porque o seu valor será repassado para o preço, restando ao usuário ou consumidor o ônus de pagá-la.

Diante dessa moldura, vislumbra-se que a disciplina da responsabilização penal da pessoa jurídica é uma necessidade urgente do ordenamento jurídico pátrio, pois os entes que ofendem os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal precisam ser responsabilizados. Em diversos países do mundo a responsabilização penal da pessoa jurídica vem sendo admitida, como é o caso dos Estados Unidos da América, da Inglaterra, da Espanha - onde se tem uma responsabilidade objetiva -, da França - onde a responsabilidade é subjetiva, calcada na culpabilidade -, do Japão, de Portugal, dentre tantos outros. Na América Latina, no entanto, a regra ainda é a irresponsabilidade da pessoa jurídica.

---

<sup>27</sup>CERNICHIARO, COSTA JR; Luiz Vicente, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 158.

<sup>28</sup> Idem, Ibidem. p. 165.

Nesse diapasão, é a possibilidade de responsabilização do ente coletivo que vem sendo recomendada por diversos documentos internacionais. A Organização das Nações Unidas, em 1979, no VI Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, determinou o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades. Não foi diferente no Congresso de Bucarest, em 1929, no de Roma, 1953, no de Hamburgo, em 1984 e no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em 1994. Em todos eles foi recomendada a admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

## **8. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil**

A responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se, no direito pátrio, na Carta Magna do país, que traz expressamente em seu texto a responsabilização penal da pessoa jurídica pelos crimes cometidos contra a Ordem Econômica e Financeira e contra a Economia Popular, e pelos crimes praticados contra o Meio Ambiente, respectivamente, em seus artigos 173, § 5º, e 225, § 3º. O artigo 173, § 5º, reza que *"A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular"*. Já o artigo 225, § 3º, preceitua que: *"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"*.

É certo que o legislador ordinário regulamentou apenas a responsabilização penal da pessoa jurídica pelos crimes cometidos contra o Meio Ambiente, no entanto, deixou bastante clara essa responsabilização. A lei nº 9.605/98, em nível infraconstitucional, disciplinou a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes ambientais. Introduziu expressamente essa espécie de responsabilidade. O *caput* do artigo 3º do referido diploma legal prevê que *"As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade"*. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe ainda que: *"A responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, autoras, coatoras ou partícipes do mesmo fato"*.

O STF possui farta jurisprudência a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara ambiental:

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica

atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.' IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator" (BRASIL, STF, RESP. 564.960, Rel. Min. Gilson Dipp, v. u. j. 02.06.2005.)<sup>29</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal

---

<sup>29</sup>In: GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade "penal" da pessoa jurídica. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br/article.php?story=20070924110620139>. Acesso em: 24/09/2005. Material da 1ª aula da Disciplina Tutela Penal dos Bens Jurídicos Supra-Individuais, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em ciências penais - UNISUL-IPAN-REDE LFG.

da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.(RMS 39.173/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015)

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar



determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Ademais, no Brasil, a tendência de responsabilização da pessoa jurídica pode ser verificada, ainda, por intermédio do advento das Leis nºs 9.613/1998 (Lei dos crimes de lavagem de dinheiro), alterada pela 12.683/2012; 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); e 13.303/2016 (Estatuto das Estatais), as quais apontam para a aplicabilidade do instituto em análise.

Outrossim, tal tendência pode, ainda, ser constatada na recente jurisprudência do STF, notadamente por meio do julgamento da Ação Penal nº 470, no qual restou estabelecida a aplicabilidade de responsabilização penal dos *compliance officers* a partir da teoria do domínio do fato.

Assim, percebe-se que o entendimento da legislação vigente e da jurisprudência dominante atualmente no país está indo ao encontro da responsabilização penal da pessoa jurídica.

## 9. Considerações Finais

Diante das razões expendidas, depreende-se que a capacidade delituosa da pessoa jurídica é latente na contemporaneidade, visto que os crimes decorrentes de sua atividade, ou melhor, de sua ação institucional violam, em sua maioria, bens jurídicos supra-individuais, perturbando a ordem pública. Desta feita, com base na teoria da realidade, percebe-se que a pessoa jurídica possui capacidade de ação e, conseqüentemente, capacidade para ser culpável no campo penal, já que sua vontade é diversa da vontade de seus membros, a pessoa jurídica possui, pois, vontade e objetivos próprios.

Nesse sentido, responde penalmente pelos delitos cometidos, não prejudicando as suas responsabilidades civil e administrativa e, nem tampouco, a responsabilidade de seus membros, na medida de sua culpabilidade, quando estes concorrerem para o cometimento do crime.

Pode-se ainda afirmar, no âmbito da breve análise realizada neste trabalho, que o Direito Penal precisa se amoldar à nova realidade existente, a qual evidencia uma criminalidade não abarcada e, além disso, incompatível com seus dogmas clássicos. Assim, é necessária a existência de um sistema penal que possa corresponder e, mais que isso, que possa controlar as ações criminosas das pessoas jurídicas, pois o Direito Penal tem que atender aos reclames da sociedade, protegendo bens jurídicos de suma importância.

No Brasil, a legislação vigente caminha para o progresso desse sistema, posto que prevê a responsabilidade da pessoa jurídica na sua Carta magna e regulamenta expressamente essa responsabilidade na lei ambiental nº 9.605/98, onde elenca os requisitos necessários para essa responsabilização, afirma que a responsabilidade penal não é prejudicada pelas responsabilidades civil e administrativa. Acrescente-se a isso o fato de que as Leis nºs 9.613/1998 (Lei dos crimes de lavagem de dinheiro), alterada pela 12.683/2012; 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); e 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) indicam a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por meio dos programas de cumprimento e interidade.

## 10. Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; COSTA, Helena Regina Lobo da. Compliance e o julgamento da APn nº 470. In: **Direito penal e processo penal: leis penais especiais I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMORIM, Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Disponível em: [http://www.tj.rj.gov.br/adm\\_geral/editoriais/responsabilidade\\_penal\\_da\\_pessoa\\_juridica.htm](http://www.tj.rj.gov.br/adm_geral/editoriais/responsabilidade_penal_da_pessoa_juridica.htm). Acesso em: 16/09/2008.

BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. v. 2. Saraiva: São Paulo, 2003.

CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa. **Criminalidad de Empresa: la responsabilidad penal em las estructuras jerarquicamente organizadas**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

CERNICCHIARO, COSTA JR; Luiz Vicente, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da responsabilidade pessoal**. Material da 1ª aula da Disciplina Culpabilidade e responsabilidade pessoal do agente, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL-IPAN-REDE LFG.

GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade “penal” da pessoa jurídica. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br/article.php?story=20070924110620139>. Acesso em: 24/09/2005. Material da 1ª aula da Disciplina Tutela Penal dos Bens Jurídicos Supra-Individuais, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em ciências penais - UNISUL-IPAN-REDE LFG.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. Notas sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. In: Idem. **Os princípios Constitucionais Penais**. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003.

SAKAE, Lucia Reiko. A Responsabilidade Penal da pessoa jurídica. Disponível em: [http://www4.mackenzie.com.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito Politico e Economico/Cadernos Direito/Volume 4/04.pdf](http://www4.mackenzie.com.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf). Acesso em: 10/09/2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Elsevier, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5713>. Acesso em: 10/09/2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SOUZA, Keity Mara Ferreira de. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica. Enfoques comparado, doutrinário e legal. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1716>. Acesso em: 10/09/2008.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In: RODRIGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). **Dogmática penal del tercer milenio**. Peru: Aras Editores, 2008.

## **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES**

**EDER JOSÉ PACHECO:** Bacharel em Direito pela Unifenas. Oficial do MP/MG. Agente Fiscal do Procon/MG. Pós-graduado em Direito Civil, Penal, Consumidor.

**RESUMO:** O regime jurídico a regular a hipótese de concessão mercantil de veículos automotores é o da Lei n. 6.729, de 1979, com a redação dada pela Lei n. 8.132, de 1990, bem como as estipulações das convenções da categoria econômica envolvida e das convenções de marca. A Lei Ferrari além de estabelecer condutas básicas do relacionamento entre o concedente e o concessionário, estabeleceu a criação das convenções de marca e de categorias econômicas tendo em vista o caráter dos contratos de concessão de permanência do vínculo contratual, de mutabilidade das relações e do mercado automobilístico. Essa mesma lei atribuiu às convenções da marca a competência para disciplinar o regime de penalidades gradativas, que visa impedir que um dos contratantes seja surpreendido com a resolução do contrato de concessão.

**Palavras-chave:** Contrato. Concessão comercial. Quotas. Deveres anexos.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. A QUALIFICAÇÃO NEGOCIAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E AS SUAS ESTIPULAÇÕES GERAIS; 3 O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E A SUA NATUREZA RELACIONAL; 4. OS DIREITOS, GARANTIAS INDENIZATÓRIAS CONFERIDAS AO CONCESSIONÁRIO, A BASE OBJETIVA DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E A IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO UNILATERAL DA QUOTA DE FORNECIMENTO DE VEÍCULOS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

A dinâmica da atividade empresarial, incrementada pela intensa circulação de produtos e serviços em busca do melhor atendimento ao mercado de consumo, faz com que os empresários utilizem métodos de aproximação aos consumidores por meio de outros empresários individuais ou sociedades empresárias (FERNANDES, 2007).

Instaura-se, assim, uma intensa rede de colaboração entre o produtor, fornecedor e intermediários para que os produtos e serviços possam chegar de uma maneira rápida, eficiente e segura aos consumidores.

Na circulação de produtos surgem os contratos de representação comercial, agência, comissão e mandato mercantil, que integram o conjunto dos chamados *contratos de colaboração empresarial por aproximação*, além dos contratos de distribuição e concessão mercantil (comercial) na categoria dos *contratos de colaboração empresarial por intermediação*.

Segundo Coelho (2012, p. 112), contratos de colaboração empresarial para o escoamento de mercadorias *“são aqueles em que um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor)”*.

Os contratos de colaboração, portanto, instrumentalizam o escoamento de mercadorias, dividindo-se em duas espécies. Na primeira inserem-se os contratos de distribuição e concessão mercantil, sendo o núcleo da operação a compra pelo colaborador da mercadoria fabricada ou comercializada pelo fornecedor para revendê-la (colaboração por intermediação). Na segunda espécie, enquadram-se os contratos de representação comercial autônoma, agência, mandato e comissão mercantil, onde não ocorre a compra da mercadoria para revenda (colaboração por aproximação).

No campo dos contratos de colaboração por intermediação o escoamento de produtos se expressa em duas formas importantes de contratação: os contratos atípicos de distribuição e de concessão mercantil.

O contrato de concessão mercantil, porém, comporta uma única forma tipificada, ou seja, quando envolve o negócio jurídico de distribuição de veículos automotores, de via terrestre, devendo se efetivar por meio de concessão comercial entre produtores e distribuidores, disciplinado pela Lei n. 6.729/1979 - que precisamente ora nos interessa -, voltado para o objetivo final de alcançar e ampliar mercados.

A proposta, portanto, deste artigo é analisar, no contexto da teoria obrigacional e sob a perspectiva constitucional, o correto enquadramento jurídico do contrato de concessão comercial de veículos automotores, os direitos e garantias conferidas às suas partes, especificamente as implicações resultantes da redução unilateral da quota de veículos pela concedente.



## **2. A QUALIFICAÇÃO NEGOCIAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E AS SUAS ESTIPULAÇÕES GERAIS**

A doutrina registra que na identificação das relações jurídicas que envolvem os agentes econômicos, importa examinar os elementos constitutivos e componentes do núcleo do negócio jurídico que se analisa: data, lugar, agentes, objeto, forma, circunstâncias negociais, vontade do declarante e a causa negocial (NERY JÚNIOR, 2011, p. 481). Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 222), o negócio jurídico existe:

[...] quanto é causado. Quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delineada segundo a sua essência. Compõem-se o negócio jurídico, constituindo-se em elementos necessários à sua existência: a) o agente (qualidade de ser sujeito de direito); b) a vontade; c) a causa; d) o ato ou o negócio em si mesmo.

Ainda, destaca Nery Júnior (2011, p. 482), citando François Terré, a importância do conhecimento pelo intérprete da causa e propósito do negócio, a fim de bem qualificar o negócio jurídico formatado:

Conseqüentemente, é preciso que o intérprete conheça a causa, o propósito do negócio, pois sem isso não se pode qualificar o negócio jurídico ou o contrato. Nesse sentido é a lição autorizada de Terré: “A pesquisa pela qualificação adequada é às vezes muito mais audaciosa. Ela se efetua sem dúvida, hodiernamente, inspirando-se na causa do contrato. Mas o juiz procura revelar, com o auxílio das estipulações do contrato e dos diversos elementos do litígio, se o propósito perseguido pelos particulares é ilícito. O juiz pesquisa então qual o motivo que guiou as vontades individuais. E é somente na sequência, e em função do caráter lícito ou ilícito deste motivo, que ele o qualifica. A qualificação opera-se bem com o auxílio de um elemento causal. Mas a determinação do caráter lícito ou ilícito do propósito perseguido é prévia à escolha da qualificação. A escolha da qualificação efetua-se, uma vez determinado o objetivo efetivamente perseguido”.

No tocante ao contrato de concessão comercial, adverte Coelho (2012, p. 126) sobre a existência de uma hipótese em que é caracterizado como contrato típico. Justamente quando envolve a comercialização de veículos automotores terrestres, como explica:

Existe, ressaltado, uma hipótese em que a concessão mercantil é contrato típico, e, assim, as relações entre os contratantes não se guiam somente pelo pactuado entre eles, mas se submetem aos ditames prescritos na lei. Em outros termos, os empresários não são, nesse caso, inteiramente livres para dispor sobre as suas relações, estando jungidos às restrições da autonomia da vontade decorrentes do direito positivo. Cuida-se da hipótese em que o objeto da concessão é a comercialização de veículos automotores terrestres. Assim, quando o contrato vincula, de um lado, a *fábrica de automóveis* (ou de motocicletas, caminhões, tratores etc.) como concedente e, de outro, a *revendedora autorizada* como concessionária, ele é típico e está regulado da Lei n. 6.729/79 – conhecida como Lei Ferrari.

Igualmente, resta submetido o contrato de concessão comercial de veículos automotores às estipulações de convenções da categoria econômica e de marca, como prevê o artigo 18 da Lei 6.729/1979, mais conhecida como “Lei Renato Ferrari”:

Art. 18. Celebrar-se-ão convenções das categorias econômicas para:  
I - explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores; II - declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição;

III - resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição; IV - disciplinar, por juízo declaratório, assuntos pertinentes às convenções da marca, por solicitação de produtor ou entidade representativa da respectiva rede de distribuição.

Assim, nos contratos de concessão comercial de veículos automotores é regra geral as partes acordarem: a) a distribuição, por concessão mercantil típica, de veículos automotores em determinada região ou regiões; b) comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pela concedente; c) a prestação de assistência técnica pela concessionária a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão; d) o uso gratuito da marca da concedente, como identificação;

e) obrigatoriedade de investimento na adoção de um *layout* padrão e identidade visual pela concessionária, seguindo um “Manual de Padronização Visual” da concedente; f) a estipulação de quota de fornecimento de veículos.

### **3. O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E A SUA NATUREZA RELACIONAL**

O regime jurídico a regular a hipótese de concessão mercantil de veículos automotores é o da Lei n. 6.729, de 1979, com a redação dada pela Lei n. 8.132, de 1990, bem como as estipulações das convenções *da categoria econômica envolvida e das convenções de marca*.

Ainda, acrescente-se o fato de que o contrato de concessão comercial de veículos automotores, categoria tipificada dos contratos de distribuição, possui a natureza de um contrato relacional, destacando-se, *“em especial, a possível dependência econômica e o império da boa-fé”*, como diretrizes orientadoras de sua interpretação, como observa Forgioni (2008, p. 72-73):

Os contratos relacionais podem encerrar uma verdadeira rede de agentes econômicos, aumentando o grau de complexidade da teia de deveres e direitos contratuais. Muitas vezes, há troca de valores que não são facilmente suscetíveis de avaliação pecuniária. Enquanto nos contratos descontínuos os vínculos costumam ser breves, naqueles relacionais são levados em consideração outros elementos além do preço, qualidade e quantidade: *desempenho da outra parte, planejamento futuro etc.*

Disso decorre que, além da regulação específica pela Lei Ferrari, o contrato de concessão comercial de veículos é um contrato relacional por natureza, impondo-se a observância aos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança, solidariedade e da lealdade, que deve orientar a sua interpretação e de todos os contratos de colaboração empresarial, seja por aproximação ou intermediação (LUPION, 2011, p. 50).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no julgamento do Recurso Especial n. 1073595 – MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que *“No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes”*.

No campo do Direito Comercial os contratos relacionais, também chamados de contratos cativos são modalidades já conhecidas, bastando lembrar a proteção ao fundo de empresa previsto no artigo 51 e seguintes da Lei n. 8.245/1991. Extrapolando o âmbito do Direito Comercial é que os contratos relacionais passaram a orientar também as relações consumeristas, seguindo na sua interpretação os mesmos *deveres anexos* da cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, presentes nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, os quais, embora não se encontrem expressamente previstos, igualmente vinculam as partes e devem ser observados, em conformidade com a teoria contratual contemporânea e com os princípios da ordem econômica brasileira.

O artigo 170 da Constituição da República elenca os princípios da ordem econômica brasileira, entre outros, a função social da propriedade, do qual decorre a função social da empresa, orientando-se pela valorização do trabalho humano, livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

As relações obrigacionais modernas, especialmente no âmbito da atividade empresarial onde se observa a intensa e necessária massificação dos contratos, devem atender a função social, a boa-fé e a solidariedade.

No tocante à boa-fé, Macedo Júnior (1998, p. 230), ao abordar a teoria relacional, esclarece que o seu relevante papel no encorajamento da continuidade das relações contratuais:

Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança ("*reliance*"), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança ("*trust*"), a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social, conforme visto até agora. Conforme aponta REITER ("*Good Faith in Contracts*", Valparaiso Law Review, vol. 17, p. 726): "A teoria dos contratos relacionais oferece regras sobre contratos num nível geral que a boa-fé exige, produzindo para tanto a elaboração de regras mais específicas para as áreas especializadas em termos das mesmas normas, mas aplicáveis a cada especialidade."

Em resumo, o contrato de concessão comercial: a) trata-se de um contrato relacional (também chamado de contrato descontínuo, cativo de longa duração), constituindo uma única relação jurídica; b) nele estão presentes *deveres anexos* decorrentes de postulados

de cooperação, confiança, boa-fé objetiva, lealdade e solidariedade; c) pauta-se pelos princípios constitucionais da ordem econômica brasileira; d) é inadmissível a modificação unilateral, injustificada e abrupta do sistema anterior de fornecimento de quotas de veículos, sem acordo e informação prévia ao concessionário.

#### **4. OS DIREITOS, GARANTIAS INDENIZATÓRIAS CONFERIDAS AO CONCESSIONÁRIO, A BASE OBJETIVA DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E A IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO UNILATERAL DA QUOTA DE FORNECIMENTO DE VEÍCULOS**

O contrato relacional de concessão comercial de veículos automotores insere-se na categoria dos denominados *contratos de colaboração por intermediação*, nos quais o empresário colaborador (concessionário) adquire os produtos do empresário fabricante (concedente) e os revende aos consumidores.

Não obstante a sua natureza empresarial, revelam os contratos de colaboração nítidos traços de subordinação do empresário colaborador ao fornecedor. Em muitas circunstâncias, o empresário colaborador se vê em uma situação de extrema vulnerabilidade, a qual, inclusive, restou reconhecida pelo legislador ao criar dispositivos legais garantindo-lhe direitos essenciais, como se observa ao exame da Lei n. 6.729/1979, reguladora da concessão comercial de veículos automotores e explicitados em sua Exposição de Motivos:

A própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhaçamento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte e da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólios justapostos, um terrível poder de domínio.

Diante da evidente superioridade econômica do concedente e o seu poder de domínio na relação contratual relacional, o legislador, com o escopo de dar equilíbrio à relação negocial, garantiu ao concessionário de veículos automotores:

(I) a faculdade de participar das modalidades auxiliares de venda que a concedente promover ou adotar, tais como consórcios, sorteios, arrendamentos mercantis e planos de financiamento;

(II) a comercialização de implementos e componentes novos produzidos ou fornecidos por terceiros, mercadorias de qualquer natureza que se destinem a veículo automotor, implemento ou à atividade da concessão e veículos automotores e implementos usados de qualquer marca;

(III) a faculdade de comercializar outros bens e prestar outros serviços, compatíveis com a concessão;

(IV) a paridade de tratamento na hipótese de contratação de nova concessão pela concedente, sendo vedado a este estabelecer em condições que de algum modo prejudiquem os concessionários da marca;

(V) estipulação de quota de veículos ajustada com a concedente de acordo com a capacidade empresarial, desempenho de comercialização e capacidade do mercado da área demarcada;

(VI) liberdade na fixação do preço de venda ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes;

(VII) proteção contra a prática de atos pelos quais a concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios;

(VIII) possibilidade de contratação por prazo determinado inicial, não inferior a cinco anos;

(IX) reparação de danos na hipótese de rescisão ocasionada pela concedente;

A opção do legislador foi pela proteção ao concessionário (empresário colaborador), impedindo que o empresário fornecedor (concedente) aproveite do mercado por ele conquistado, prejudicando-o com a substituição por outro em condições mais vantajosas ou passando a exercer diretamente a atividade no local nas hipóteses legais.

Por isso é que a Lei Ferrari, visando coibir essa prática abusiva, garantiu ao concessionário uma indenização, consistente na obrigatoriedade de a concedente, na hipótese de rescisão do pacto:



(I) readquirir o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;

(II) efetuar a compra dos equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição a concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário;

(III) pagar perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão ou, se ajusta a concessão por prazo determinado, indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado;

(IV) satisfazer outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição ou, se ajustada a concessão por prazo determinado, as obrigações vincendas até o termo final do contrato rescindido.

Na realidade, trata-se de indenização pela perda da oportunidade de continuar explorando o mercado criado, ampliado ou consolidado pelo concessionário (empresário colaborador).

Nas palavras de Coelho (2012, p. 127), o “objetivo da disciplina legal do contrato de concessão é garantir ao concessionário meios para a recuperação do investimento, em geral elevado, feito na implantação e periódica modernização do estabelecimento de revenda”. Diante disso, o legislador garantiu ao concessionário os seguintes instrumentos para recuperar o seu investimento:

- a) isonomia de tratamento relativamente aos demais concessionários, obrigando-se o concedente a praticar preço, encargos financeiros, prazo e condições uniformes para toda a rede;
- b) proibição de o concedente contratar novas concessões que possam prejudicar os concessionários já estabelecidos, observando distâncias mínimas entre os estabelecimentos, de acordo com o potencial de mercado;
- c) quota de veículos, que o concedente se obriga a fornecer, fixada tendo em conta o desempenho de comercialização do

concessionário e a capacidade do mercado da sua área demarcada; d) o pagamento, mesmo parcial, não pode ser exigido do concessionário antes do faturamento; na pior das hipóteses para o concessionário, admite-se o pagamento nos 6 dias anteriores ao da saída do veículo da fábrica; e) proibição de o concedente efetuar venda diretas, salvo para o Poder Público, o corpo diplomático ou clientes especiais; f) direito de uso gratuito da marca do concedente; g) plena liberdade de comercializar acessórios de quaisquer marcas ou procedência.

Especificamente quanto à quota de veículos, nota-se que o legislador garantiu ao concessionário a sua estipulação inicial e ajustes de acordo com o desempenho de comercialização e capacidade empresarial e do mercado da área demarcada.

Observa-se, portanto, que a quota de veículos não pode ser unilateralmente fixada, alterada ou imposta pela concedente ao concessionário, mas, ao contrário, deve ser fruto de ajuste livre de vontade, vinculado aos *deveres anexos* de cooperação, confiança, boa-fé objetiva e solidariedade e aos critérios objetivos definidos pela Lei n. 6.729/1979, em seu artigo 7º, inciso III:

Art. 7º Compreende-se na concessão a quota de veículos automotores assim estabelecida:

[...]

III - o concedente e o concessionário ajustarão a quota que a este caberá, consoante a respectiva capacidade empresarial e desempenho de comercialização e conforme a capacidade do mercado de sua área demarcada.

Ademais, o comportamento exigido por ambas as partes no contrato de concessão comercial de veículos automotores compõe a base objetiva do negócio jurídico celebrado, exigindo-se: a) da *concedente*: a obrigação de fabricação ou montagem de veículos automotores; a disponibilização do uso gratuito de sua marca pelo concessionário; o ajuste da quota de fornecimento de veículos, consoante a respectiva capacidade empresarial e desempenho de comercialização e conforme a capacidade do mercado da área demarcada ao concessionário; b) do *concessionário*: realização de investimentos com a montagem do estabelecimento empresarial, conforme exigido pela concedente; permissão de fiscalização pela concedente de todo o procedimento, desde a estruturação do estabelecimento até a adoção da correta identidade visual para utilização da marca cedida gratuita e a forma de revenda dos veículos.

O prazo de duração, razoavelmente longo, também compõe a base objetiva do negócio jurídico de concessão comercial de veículos automotores. Os vultosos investimentos realizados pelo concessionário refletem na estipulação de um prazo longo de vigência, o que, na visão deste, constitui um dos fatores mais importantes do contrato, a fim de que possa recuperar os investimentos realizados. Tanto é assim que o parágrafo único, do artigo 21, da Lei n. 6.279/1979 estabelece duração mínima inicial de cinco anos, quando determinado o prazo de vigência contratual. Segundo Nery Júnior (2011, 488-489), tudo isso integra o que a doutrina designa como base objetiva do contrato, ou seja:

[...] as circunstâncias que motivaram as partes a celebrar o contrato. O Código Civil de 2002 estabelece a base objetiva com as cláusulas gerais da função social do contrato (artigo 421) e da boa-fé objetiva (artigo 422). [...]

A boa-fé objetiva, cláusula geral que decorre da função social do contrato e que está prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, é regra de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002), aplicando-se imediatamente, inclusive aos negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor, mas que se encontram em execução continuada ou diferida (princípio da eficácia imediata ou da ultratividade da lei).

Em outra passagem, quando se dedicou a análise do contrato de seguro de vida em grupo e a legislação consumerista, o Nery Júnior (2002, p. 180) deixou registrado que:

A alteração da base negocial pode ocorrer quando houver falta, desaparecimento, ou modificação do condicionalismo que formou e informou a base do negócio. Ainda que não haja, no contrato, cláusula expressa referindo à base negocial como fator determinante para a manutenção do negócio jurídico, o preceito deriva do sistema, de sorte que se considera como se estivesse escrita referida regra, que é aplicável inexoravelmente porque matéria de ordem pública.

Como um dos *deveres anexos* do contrato relacional de concessão comercial de veículos automotores, a boa-fé objetiva existe antes da celebração do contrato, com as tratativas preliminares (eficácia pré-contratual), deve ser mantida durante toda a execução do contrato e mesmo depois de o contrato já ter sido totalmente executado (eficácia pós-contratual). Ocorrendo no decorrer do cumprimento do contrato descompasso entre o que as partes acordaram antes e na época da sua celebração, haverá quebra da base objetiva do negócio jurídico (Nery Júnior, 2011).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência de redução injustificada de quotas de veículos, sem observância dos deveres anexos do contrato e dos critérios objetivos previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei n. 6.729/1979, que impossibilite a execução do pacto, surge o dever de a concedente indenizar ao concessionário, expressamente previsto no artigo 24 da Lei Ferrari, mesmo que não tenha agido culposamente.<sup>30</sup>

A propósito, demonstrada a redução da quota de veículos, cabe a concessionária o ônus probatório de comprovar a sua ocorrência de acordo com os ditames legais, ou seja, que foi realizada de comum acordo entre as partes e observando os critérios objetivos fixados pela Lei Ferrari, sob pena de quebra da base objetiva do negócio jurídico, circunstância que implica no descumprimento contratual e inviabiliza a sua continuidade.

Conclui-se, pois, pela existência de normas proibitivas de ajuste ou reajuste da quota de veículos de forma unilateral e injustificada pela concedente, objetivando manter equilíbrio contratual e preservar os investimentos realizados pelo concessionário.

Trata-se, sem dúvida alguma, da incidência, entre outros, do princípio da boa-fé objetiva, integrante do rol dos *deveres anexos* dos contratos relacionais.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2012.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

---

<sup>30</sup> A esse respeito, esclarece Coelho (2012, p. 129): “Se o contrato é com prazo indeterminado – porque assim pactuaram as partes desde o início, ou porque se deu a prorrogação do primeiro contrato com prazo determinado, tanto faz –, a dissolução do vínculo contratual promovida pelo concedente obriga-o a reparar o concessionário em valores especificamente previstos na Lei Ferrari (art. 24). A reparação compreende, no caso, a compra dos elementos essenciais do estabelecimento do concessionário – com a diferença de que a reaquisição do estoque de veículos e componentes novos far-se-á, agora, pelo preço de revenda ao consumidor na data da resolução contratual, e não pelo preço de venda –, o pagamento de indenização baseada no faturamento da concessão e de outros itens previstos no contrato. Essa reparação é devida, note-se, mesmo que o concedente não tenha culposamente descumprido o contrato e apenas se encontre insatisfeito com os resultados apresentados pelo concessionário. Isso porque, na verdade, está-se ressarcindo o colaborador pela perda da oportunidade de continuar explorando o mercado que ele ajudou a constituir para os veículos do concedente”.

FORGINI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72-73.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 230.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contrato de distribuição de petróleo e derivados: aspectos materiais e processuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais – obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. VI, p. 475-509.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contrato de seguro de vida em grupo e o Código de defesa do Consumidor. *In*: **Revista de Direito Privado** n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002, p. 180.

## **LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR: ANÁLISE DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS**

**EDIMARA APARECIDA DOS SANTOS DURAN:**  
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** Direito Tributário é um ramo de Direito Público que regulamenta cobranças tributárias, na qual designa-se o Estado o poder de tributação, no entanto a Constituição Federal de 1988 limita tal atividade dispondo variadas formas de dispensas tributárias, sendo elas os Princípios Constitucionais e as imunidades tributárias. Em relação ao conteúdo, há suma importância o seu aprofundamento por se tratar de limitações que beneficiam o contribuinte, para que na relação jurídico-tributário não haja aumentos de tributos de forma exorbitante. Possui o objetivo de estudar a visão doutrinária e legislações pertinentes, de forma exclusiva as imunidades tributárias, uma vez que há vedação total ao poder de tributar em alguns casos. Procedeu-se à revisão bibliográfica e método dedutivo. O ponto principal da pesquisa se volta precisamente na análise da atividade estatal de arrecadação observando os direitos fundamentais previsto da Constituição Federal no âmbito tributário e a capacidade de tributação do Estado diante as imunidades. Concluiu-se, assim, que deve haver um equilíbrio entre o poder de tributar e o contribuinte, não sendo tolerável a excessiva tributação, uma vez que é de suma importância não ir contra o ordenamento jurídico, na qual possui a obrigação de tutelar a Dignidade da Pessoa Humana.

**Palavras chaves:** Constituição Federal. Arrecadação. Dispensa tributária. Imunidade.

**ABSTRACT:** Tax Law is a branch of Public Law that regulates tax collections, in which the State is designated the power of taxation, however the Federal Constitution of 1988 limits such activity by providing various forms of tax exemptions, which are the constitutional principles and immunities tax. Regarding the content, it is extremely important to deepen it because it is about limitations that benefit the taxpayer, so that in the legal-tax relationship there are no exorbitant increases in taxes. It has the objective of studying the doctrinal view and relevant legislation, exclusively the tax immunities, since there is a total prohibition of the power to tax in some cases. A bibliographic review and deductive method were carried out. The main point of the research is focused precisely on the analysis of state collection activity, observing the fundamental rights provided for in the Federal Constitution in the tax sphere and the State's ability to tax immunities. It is thus concluded that there must be a balance between the power to tax and the taxpayer, and excessive



taxation is not tolerable, since it is of paramount importance not to go against the legal system, in which it has the obligation to protect the dignity of the human person.

**Keywords:** Federal Constitution. Collection. Tax exemption. Immunity.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais No Direito Tributário. 3 Arrecadação Estatal e Poder de Tributar. 4 Limitações ao Poder de Tributar 5 Classificações das Imunidades. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata a respeito das formas de dispensas tributárias que estão previstas no Direito Tributário Brasileiro, estando estas imunidades tributárias contidas dentre os Princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

Como dito, de forma exclusiva, o artigo abordará somente a respeito das imunidades como forma de limitação ao poder estatal, em que é condicionado como uma dispensa Constitucional de pagamento de tributos, ou seja, é uma forma em que o Texto Constitucional libera o contribuinte de pagar crédito tributário.

Mostra a importância de sua discussão, uma vez que o Brasil vem sofrendo no mercado financeiro e político; e é evidente que, em meio a estas circunstâncias, a população brasileira comece a querer diminuir o pagamento de despesas e impostos ou até mesmo os Entes Federativos majorarem ou criem tributos.

A pesquisa teve como finalidade analisar as imunidades tributárias, vez que, ao trata-se deste tema, deve-se ter o foco de que não é um simples instituto, mas sim, uma limitação da qual o Estado transmite o limite de incumbir valores exorbitantes, protegendo os seus contribuintes.

Assim, o artigo se desenvolverá em algumas sessões, na qual, em primeiro momento, serão analisados os Princípios Fundamentais no Texto constitucional no tocante ao âmbito tributário, no qual se caracterizam como um direito público-subjetivo de pessoas físicas ou jurídicas, presentes na Constituição Federal de 1988, possuindo caráter normativo absoluto do Estado e tendo o propósito de reprimir a função do poder estatal de tributar frente à liberdade de cada indivíduo.

Em outro momento, será analisada a atividade arrecadatória do Estado, que representa ações que o Estado precisa realizar para obter receitas com o objetivo de suprir as necessidades públicas e ao poder de tributar que o Estado possui, ou seja, o Estado possui previsão legal de exigir aos cidadãos o cumprimento de pagamento de tributos, na

qual contribuem parcelas referentes ao seu patrimônio, com a finalidade de custear atividades estatais.

Por fim, discute-se sobre os limites tributários, abordando de forma específica a imunidade tributária, uma vez que o poder de tributar é vedado em casos específicos e as suas classificações.

Assim, analisa-se formas de garantir a satisfação do interesse público como finalidade principal, através da aplicação tributária às pessoas que constituem a sociedade frente as imunidades tributárias, visto que o poder de tributar é irrenunciável e indelegável e que o Estado possui a necessidade de arrecadar recursos financeiros para sustentar suas próprias atividades.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO**

O Estado necessita de receitas para poder desenvolver atividade para toda a coletividade e, para desempenhar essa atividade, é necessário que ele respeite os Direitos Fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, na qual são direitos público-subjetivos, tanto de pessoas físicas, quanto jurídicas. No âmbito do Direito Tributário, esses direitos possuem a finalidade de limitar o exercício do poder estatal, em decorrência da liberdade individual.

Essa relação possui alguns elementos que são de suma importância para ser analisados, como os sujeitos; sua finalidade e sua posição no sistema jurídico. De acordo com isso, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, n.p.) ensina que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF.

Posto isto, é imprescindível que o sistema tributário nacional respeite os direitos dos cidadãos e esteja em conformidade com a Norma Constitucional. Assim, toda norma apenas será válida se for harmônica com o Texto Constitucional e, caso não haja observância da Constituição Federal, a norma inferior é declarada inconstitucional.

Dessa forma, nota-se que a arrecadação estatal não pode apresentar perda de qualquer direito fundamental, não podendo existir atritos entre os direitos fundamentais constitucionais com a necessidade do recolhimento do Estado.

De forma específica, as imunidades sobre jornais, livros, periódicos e o papel destino à sua impressão, previsto no art. 150, inc. VI "d" da Constituição Federal, como forma de garantia está expresso em seu art. 5 como:

Art. 5. a livre manifestação do pensamento, a livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (incisos IV e IX). (BRASIL, 1988)

No mesmo sentido, referente tal imunidade, a jurista BALEIRO manifesta que:

[...] IMUNIDADE TEM COMO META A REDUÇÃO DO CUSTO DO PRODUTO, FAVORECENDO A VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES, DO ENSINO, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA. Por isso está destinada, em primeiro lugar, a beneficiar o consumidor que sofrerá, finalmente, pelos mecanismos de preços, a transferência do encargo financeiro dos impostos incidentes sobre a produção e a comercialização do papel, do livro, dos jornais e periódicos. (2010, n.p.)

É válido mencionar que os Direitos Fundamentais consolidados na Constituição Federal de 1988, sendo de forma originária ou não (por meio de emendas ou através da incorporação de tratados internacionais), precisam nortear as disposições das leis orçamentárias e, necessariamente, ser inseridos no campo da discricionariedade administrativa, em que a Administração possui a liberdade para agir nos termos dos seus próprios critérios de conveniência e oportunidade.

O Estado sempre deve assegurar os Direitos Fundamentais inclusive de caráter social, referindo-se aos direitos de prestações. Sendo um Estado de Direito Democrático e Social são congregas a solidariedade, participação e a solidariedade, proclamando e garantidos, não somente os direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos de liberdade: políticos e civis), como assegura e promove direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos a prestações: econômicos e sociais) e, inclusive, de terceira dimensão (direitos difusos como ao meio ambiente equilibrado e ao patrimônio cultural) e de quarta dimensão (informação e pluralismo).

Dessa forma, os Direitos Fundamentais e Sociais sempre precisam ser respeitados e garantidos. Sendo assim, quando o Estado exercer a atividade de arrecadação através do poder de tributar, não pode haver nenhuma violação.

### 3 ARRECAÇÃO ESTATAL E PODER DE TRIBUTAR

A atividade Estatal de arrecadação representa a obtenção de receitas através de ações do Estado para atender as necessidades públicas. É notório que os objetos sociais econômicos e políticos do Estado só podem ser concretizados a partir do ingresso de receitas públicas, que a principal forma para arrecadação de tributos é mediante a percepção de impostos, contribuições, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Segundo Aliomar Baleiro (1969, p.18), diz que “a atividade financeira consiste em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público”.

Assim, diante a atividade financeira do Estado, faz necessário distinguir receita pública entre ingresso, na qual pode-se entender que ingresso ou entrada representa a entrada do capital nos cofres públicos e a receita pública entende-se pela entrada que se integra ao patrimônio público sem quaisquer condições, reservas ou correspondência no passivo, aumentando seu vulto, como elemento positivo e novo, existindo receitas derivadas e originárias.

O doutrinador Eduardo Sabbag ensina que:

Quanto às receitas derivadas, o Estado, de modo vinculado (art. 5º, II, CF), e valendo-se do seu poder de império, na execução de atividades que lhe são típicas, fará derivar para os seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição. (2012, n.p.)

Por outro lado, as receitas originárias, de uma forma geral, são oriundas da “exploração estatal de seus bens e empresas comerciais ou indústrias, à semelhança de particulares, nas atividades de locação, administração ou alienação” (SABBAG, 2012, n.p.).

Portanto, é de se concluir que a atividade financeira do Estado de arrecadação de tributos está vinculada à realização de três necessidades públicas inseridas na ordem jurídica-constitucional, senda elas: prestação de serviços públicos, exercício regular do poder de polícia e a intervenção no domínio econômico.

A arrecadação tributária é feita através do poder de tributar, na qual cabe ao Estado realizar tais atos. Esse poder refere-se em um exercício de soberania Estatal dentro de um determinado território e uma referida população, na qual a competência pertence às pessoas jurídicas de direito público, entes políticos, estando exemplificada em nossa

Constituição Federal no seu artigo 145, que garante que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios instituem tributos, atribuindo assim sua competência tributária, e os artigos 150 e 151 da Constituição Federal, que veta este mesmo poder de tributar da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em determinadas situações. Ensina Claudio Carneiro que:

[...] o poder de tributar é ato de soberania estatal outorgado pela Constituição, sendo certo que a distribuição desse poder entre os entes da Federação, com o objetivo de preservar o pacto federativo, enseja a competência tributária. A Constituição Federal, ao elencar os tributos, estabelece ainda o tipo de diploma legislativo (lei complementar, lei ordinária ou medida provisória) que será usado por cada ente federativo para instituí-los. (CARNEIRO, 2020, n.p.)

Assim, o poder de tributar do Estado não deve ser ilimitado, vez que não pode haver violação de direitos fundamentais e humanos, assim a norma constitucional traz um rol de limites ao Estado. Essas limitações são nada mais limites ao seu exercício, na qual precisa estar condicionado a um conjunto de normas e princípios que servem como base para disciplinar a competência tributária, servindo para delimitar o poder de tributar do Estado na criação e arrecadação de tributos.

Esse poder tem uma organização de serviços públicos com o objetivo de atender interesses coletivos, o bem comum à sociedade e beneficiando o desenvolvimento social.

O Estado, para desenvolver tais atividades, deve obter recursos suficientes, para que atenda às necessidades da sociedade, cumprindo de forma efetiva as funções previstas na Constituição Federal, para que construa uma sociedade desenvolvida, justa, livre, reduzindo assim a pobreza, desigualdades regionais e sociais.

Para que o Estado cumpra as funções, delimitada pela Constituição Federal, o sistema tributário elaborou assim, a estrutura do Poder de Tributar. Esse controle constitucional admite a cobrança do título tributário em determinadas quantias, com a finalidade de financiar atividades que possuem relevância a Constituição Federal de 1988. A tributação, dessa forma, tem o intuito de prover o bem-comum, porque com a ausência dos recursos não seria possível o Estado exercer seus fins sociais.

Diante disso, é possível destacar que a competência tributária consiste na autorização na imposição, conjuntamente, em um limite da tributação.

No artigo 5º, do Código Tributário Nacional e artigo 145 da Constituição Federal, juntamente com a Teoria Pentapartida do Direito Tributário, o Estado possui cinco espécies tributárias, quais sejam: taxas, impostos, contribuição de melhorias e especiais, e empréstimos compulsórios.

O sistema tributário, diante dos Princípios e Normas do Texto constitucional, possui duas principais características, sendo elas a rigidez da norma e a complexidade e exaustão, na qual a Constituição Federal estabelece os contornos do sistema, pouco relegando à legislação.

#### **4 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR**

As limitações impostas ao poder de tributar possui natureza jurídica de garantia constitucional, em que representa a não incidência. As limitações consistem em Princípios Constitucionais e imunidades, em que as imunidades se encontram espalhadas na Constituição Federal e, de forma específica, no artigo 150, inciso VI do referido diploma legal, no mesmo sentido Claudio Carneiro explica que:

A imunidade cria um campo de incompetência (não incidência) tributária. A imunidade é uma limitação absoluta ao poder de tributar que encontra sua regra matriz na Constituição, posto que possui, via de regra, natureza de direito e garantia individual, sendo, em função disso, considerado por grande parte da doutrina uma cláusula pétrea. (CARNEIRO, 2020, n.p.)

Tais limitações são essenciais, tendo em vista evitam a atuação incondicionada e livre do poder conferidos ao Estado, possuindo previsão expressa na Constituição Federal na Seção II, Capítulo VI, na qual dispõe nos artigos 150 ao artigo 152.

Veja-se que a imunidade é uma garantia constitucional em prol ao contribuinte, sendo cláusulas pétreas, assim não é admitido revogações ou extinções, bem como a admissão de todas as possibilidades de interpretação.

Assim, dentre as limitações constitucionais ao poder de tributar, são caracterizadas como imunidade propriamente dita presente nos artigos 150, VI, "d", artigo 150, VI, "c" e artigo 150, VI, "B", veja:

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



[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.  
(BRASIL, 1988)

[...]

Os princípios implícitos já com roupagem de imunidade, presentes no artigo 151, I, CF que se refere ao Princípio da Uniformidade Tributária e artigo 150, VI, "a" CF que diz sobre o Princípio da Imunidade Recíproca, nota-se:

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

Art. 150, inc. VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (BRASIL, 1988)

E os princípios expressos presentes no artigo 150, I, CF dispõe o Princípio da Legalidade, artigo 150, II, CF o Princípio da Isonomia, art. 150, III, CF que representa o Princípio da Anterioridade, artigo 150, IV, CF que traz o Princípio da Vedação ao Confisco e art. 150, V CF que representa o Princípio da Liberdade de Tráfego. *In verbis*:

Art. 150.

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvado a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; (BRASIL, 1988)

No artigo 151 existem vedações de tributar direcionadas a União e no artigo 152 vedações a todos os entes políticos. Assim, de forma específica, as imunidades constituem uma limitação ao Estado em seu poder de tributar, na qual possui a finalidade de proteger os valores fundamentais garantidos na Constituição Federal. Tratando-se de um instrumento constitucional, tendo em vista que torna intributável determinados serviços ou pessoas que visam a preservação de interesse comuns. Sucintamente, de acordo com Leandro Paulsen, as limitações são:

[...] regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou base econômicas nelas referidas relativamente aos

tributos que a própria regra constitucional negativa de competência específica. (2020, n.p.)

Como exemplo, é válido citar a imunidade que garante a ausência de tributação de impostos aos livros, em que visa garantir a livre difusão da cultura, acesso à educação e do pensamento.

Dessa forma, o Estado somente pode exercer seu poder de tributar respeitando o contribuinte, de modo que precisa resguardar sua dignidade, privacidade e individualidade. Não podendo violar assim, a Constituição Federal, na justificativa de arrecadar tributos.

## **5 CLASSIFICAÇÕES DAS IMUNIDADES**

As imunidades tributárias são uma forma de limitar o poder de tributar do Estado, Machado (2009, p. 296) nos ensina que: “O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese da incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária”.

Há duas correntes sobre a imunidade tributária, uma entende que constitui como um princípio constitucional e a outra defende que são institutos diferentes, na qual não se pode confundir.

Os princípios possuem uma superioridade diante as demais normas em sentido estrito, em que não servem apenas para suprir lacuna jurídica, podendo também causar efeitos revocatórios em regras inferiores que vão contra os princípios.

Dessa forma, as imunidades tributárias foram caracterizadas como Princípios Constitucionais pela sua excelência e peso diante de outras normas legais, visto que são baseadas nos Direitos Fundamentais.

As imunidades possuem preceitos negativos, uma vez que demarcam a competência tributária, ou seja, não permitem que aconteça uma tributação em relação a um determinado grupo de pessoas, assim condicionam o exercício do poder de tributação.

De acordo com Santos Júnior (2011, n.p.), afirma que a imunidade tributária determina que um ente tenha o direito de isenção de algum tributo sobre uma determinada atividade, exonera-se da sua obrigação com base constitucional, na qual o sujeito ativo é impedido de realizar qualquer tipo de cobrança ao sujeito passivo na relação tributária.

Ainda, Carvalho (2005, n.p.) nos ensina que as imunidades estão previstas na Constituição Federal e que nenhuma forma que for contra o texto legal será praticada ou

aceita. Elas apresentam uma função social, foram criadas para que haja respeito aos direitos fundamentais e os direitos sociais.

As imunidades tributárias possuem algumas classificações, podendo ser elas imunidades genéricas e tópicas, em que as imunidades genéricas ou gerais são instituídas pelo art. 150, VI, da Constituição Federal, na qual veda todas as pessoas políticas e envolve impostos que venha cair sobre a renda, serviços e patrimônios de entidades beneficiadas. Possuem a finalidade de proteger os valores básicos constitucionais, sendo eles a liberdade de informação, valores políticos, religiosos, sociais e protegem ainda a estrutura fundamental da incidência da tributação.

As imunidades tópicas ou específicas estão ligadas as limitações de um único tributo, sendo taxa, imposto ou contribuição, podendo ainda ser direcionada a determinada pessoa política.

Imunidades podem ser explícitas, em que possuem, expressamente, previstas na Constituição Federal no inciso VI do art. 150, e as implícitas que não são expressas no texto legal.

Há também a imunidade excludente e as incisivas, as excludentes possuem a garantia de tributação por um determinado imposto e inclusão de outros. Já as incisivas, possuem a previsão de incidência de um imposto e a exclusão dos demais.

As imunidades subjetivas, na qual são dirigidas às pessoas, referindo-se aos acordos com a condição atribuída a um determinado sujeito, em razão de algum elemento objetivo como a renda, patrimônio ou serviços que possuem finalidades elementares de entidade beneficiadas, estando presente no art. 150, inc. VI, "a", "b" e "c" da CF. Ademais, tem-se ainda, a classificação entre as objetivas é dirigida a um objeto, mercadoria ou coisa que se designam a fatos, situações ou bens, dispostas no art. 150, inc. VI, "d" e "e". E imunidades mistas, que alcançam pessoas em razão da sua natureza jurídica e se relaciona a fatos de bens e situações.

As imunidades ontológicas se constituem em consequência de um determinado princípio constitucional. Por outro lado, a classificação definida por imunidade política, é determinada como institutos para prestigiar outros princípios constitucionais.

Já as imunidades explícitas estão presente em normas expressas na Constituição Federal, é a regra no ordenamento. Já as implícitas não são definidas de forma expressa, porém são retiradas dos princípios que constituem no ordenamento jurídico.

Por fim, existem ainda as imunidades incondicionadas e condicionáveis. As imunidades incondicionadas referem-se a norma imunizante, na qual demonstra sua eficácia plena e de aplicabilidade imediata e direta, são autoaplicáveis, porque não carecem de regulamentação, tendo eficácia plena como é o caso das imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c", "d" e "e" da CF.

As imunidades condicionáveis são as imunidades que a legislação infraconstitucional pode impor condições para sua aplicabilidade, tendo a eficácia de aplicabilidade imediata, mas restringível, ou seja, a própria Constituição que condiciona o seu estabelecimento. Sendo assim, aquelas imunidades que carecem de lei para regulamentá-las, tendo como exemplo o art. 150, VI, "c" CF, na qual dispõe sobre às instituições de ensino e às de ensino e às entidades assistenciais sem fins lucrativos, em que no art. 14, do Código Tributário Nacional estabelece condições para a sua aplicabilidade.

## **6 CONCLUSÃO**

O recolhimento de tributos em prol do Estado é obrigatório, uma vez que, os tributos devidamente previstos em lei, não são opcionais para o contribuinte, e este é obrigado a cumprir tal prestação, na qual na qual será revertida e aplicada em serviços e ações a toda a comunidade.

No entanto, o Estado possui uma limitação em seu poder, que terá a finalidade de inibir qualquer tipo de violação de direitos fundamentais e humanos que podem afetar determinados contribuintes pelo poder estatal.

As limitações tributárias são compostas pelos princípios constitucionais e pelas imunidades tributárias, em que o presente artigo tratou apenas sobre as imunidades tributárias, sendo um dos assuntos mais importantes do Direito Tributário. São normas negativas, em que possuem o objetivo de limitar a função de tributar do Estado, ou seja, é impedido de recolher contribuições determina atividade de um determinado ente.

Possuem previsão Constitucional, dispendo-se de algumas classificações em que são substancialmente importantes ao ordenamento jurídico e existem para proteger os direitos fundamentais e humanos de determinados contribuintes em função de sua atividade, visto que o ordenamento jurídico tem o direito e o dever de tutelar recursos necessários para que o contribuinte tenha uma vida digna.

Conclui-se que o Estado deve exercer a atividade financeira através da arrecadação de tributos, visto que é de suma importância para que possa cumprir as necessidades

públicas de prestação de serviço, para desempenhar regularmente seu poder de polícia e realizar intervenções no domínio econômico para toda a sociedade.

No entanto, deve respeitar as limitações impostas ao poder de tributar, de forma específica a imunidade tributária, que alcança situações e instituições, em que visa apenas a proteção dos direitos do contribuinte, sendo eles o direito à liberdade de expressão, educação, religiosa, cultura, entre outras que a Constituição Federal dispõe, caso havendo desrespeito, pode acarretar sérias consequências a sociedade.

Dessa forma a relação entre o Estado e contribuintes deve haver um equilíbrio e contar com a equidade, dentro do patamar de justiça, em que os direitos do cidadão devem ser assegurados, resguardados e protegidos. E o respeito e cumprimentos das exigências das imunidades tributárias promove uma maior segurança aos contribuintes e bom funcionamento da máquina fiscal.

## 7 REFERÊNCIAS

**BALEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7 ed. Editora Forense. 2005.**

BALEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças.** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias:** Limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Dialética, 2001.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em 14 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 18 jul. 2021.

CARMO, Renata Patrícia Souza do Carmo. **Das Limitações do Poder de Tributar do Estado: Imunidade.** Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/das-limitacoes-do-poder-de-tributar-do-estado-imunidade/>> Acesso em 02 jun. 2021.

**CARNEIRO. Claudio. Curso de Direito Tributário e financeiro. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.**



**CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 20 ed. Editora Malheiros, 2004.**

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

**COSTA, Regina Helena. Curso De Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional. 9 ed. 2019.**

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**DERZI, Misabel A. M. e BALEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010**

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade Tributária. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coordenador). **Imunidades Tributárias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

**Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar – 2 ed. Editora Dialética.**

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 30 d. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A Imunidade Tributária e seus Novos Aspectos. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coordenador). **Imunidades Tributárias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 11 ed. São Paulo: Saraiva: 2020

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; WERNECK, Leandro Aragão. **Estrutura e fundamentalidade da norma de imunidade tributária.** Disponível em: <  
<https://doaj.org/article/33448a7de0b24daf95a994df4726304e>> Acesso em 20 de jul. 2021.

PORTELLA, André. **As limitações ao poder de tributar estabelecidas na constituição federal, de 1988.** Disponível em: <

[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/112](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/112)> Acesso em 12 de jul. 2021.

QUINTANILHA, Gabriel Sant Anna. **Manual de Direito Tributário** – Volume único. 1 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário essencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS JUNIOR, Fernando Lucena Pereira dos. **A imunidade tributária como instrumento de alcance às finalidades do Estado: análise teleológica do instituto à luz da doutrina e jurisprudência**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10626](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10626)>. Acesso em: 05 ago 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

## **MECANISMOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI MARIA DA PENHA PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER**

**LORRANA DA SILVA CARNEIRO:**  
bacharelanda em Direito.

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA  
(orientadora)

**RESUMO:** Este estudo, apresenta como temática os mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher. Esta lei foi criada com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, objetivos estes expressamente definidos já no seu art. 1º. A Lei Maria da Penha é de grande importância no que se refere à proteção da mulher. O presente trabalho tem por objetivo geral descrever os mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher. Utilizou-se como método de pesquisa a abordagem metodológica através de revisão bibliográfica. Diante das leituras realizadas, pôde-se concluir que a Lei Maria da Penha procura criar condições reais para reduzir a incidência da violência contra as mulheres e eventualmente erradicar a violência através de disposições legais que afetam a sociedade como um todo. Além disso, o texto procura proporcionar às vítimas toda a assistência necessária para sua recuperação. No entanto, como assinalamos neste artigo, a tarefa continua a ser muito difícil. As razões são estruturais e exigem muito trabalho e conscientização.

**Palavras Chave:** Lei Maria da Penha. Violência doméstica e familiar. Mecanismos de proteção.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: conceito. 2.1 Violência doméstica. 2.2 Origem da lei nº 11.340/2006. 3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. 3.1 Os mecanismos de proteção da lei 11.340/06: das medidas protetivas de urgência obrigatórias ao agressor (art. 22 da lei 11.340/06). 3.1.1 Suspensão da posse ou restrição do porte de armas. 3.1.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência. 3.1.3 Proibição de contato (com a vítima, seus familiares e testemunhas) e de frequência de determinados lugares. 3.1.4 Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores. 3.1.5 Prestação de alimentos. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### **1 INTRODUÇÃO**

O panorama histórico sobre a violência contra as mulheres tem marcado a sociedade desde o início. Em particular, sabe-se que grande parte da opressão das mulheres ocorre dentro da família. Isto é o que é conhecido como violência doméstica, que coloca as vítimas em uma posição extremamente vulnerável, ou seja, elas vivem com medo

de serem agredidas, e muitas vezes são realmente agredidas, em um lugar onde elas deveriam estar mais seguras: sua própria casa. Nestes casos, a violência é perpetrada por pessoas às quais a mulher está ligada por laços emocionais e de coabitação, o que agrava sua situação e a deixa totalmente indefesa.

As taxas deste tipo de violência no Brasil continuam a aumentar. Como resultado, em 2006, após um longo processo de luta e defesa, o país aderiu às posições internacionais de direitos humanos e ratificou a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que a Organização das Nações Unidas (ONU) considera ser a lei mais eficaz contra a violência contra a mulher.

O principal objetivo da lei, de acordo com o artigo 2º, é assegurar às mulheres "oportunidades e condições para viverem livres de violência, preservar sua saúde física e mental e melhorar moralmente, intelectualmente e socialmente" (BRASIL, 2006). Para este fim, a lei estabeleceu uma série de mecanismos para proteger e assistir as mulheres em situações de violência, incluindo medidas de proteção emergencial, e implementou uma série de políticas públicas para tornar estas medidas efetivas.

Neste cenário, o intuito deste artigo é responder a problemática: Quais os mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher? Sendo o objetivo geral, descrever os mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher.

O estudo é baseado em uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, onde serão realizadas buscas em artigos, jurisprudências e doutrinadores que abordem a temática referente aos mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica contra a mulher.

A reflexão sobre a Lei Maria da Penha, portanto, é absolutamente relevante e significativa, já que o Brasil continua sendo um dos líderes mundiais em violência doméstica e de gênero. Os fatores de violência são inúmeros e alguns deles serão analisados neste artigo. Mas o mais notável é a história da cultura de submissão entre homens e mulheres e o poder que deriva destas relações. Esta cultura perniciosa, ao longo do tempo, tornou-se tão arraigada no raciocínio da sociedade que seus reflexos continuam a afetar as mulheres de hoje, e muitas mulheres continuam a ser vítimas dela.

Assim, este tipo de trabalho estimula a discussão da lei de Maria da Penha e é importante porque procura almejar aquelas que ainda não foram alcançados, que ainda são reféns do machismo, da submissão e da violência. Em outras palavras, conhecer os próprios direitos, isto é, saber que mecanismos como esta lei existem na luta pela proteção da mulher, pode determinar a salvação e a liberdade da pessoa mantida cativa pela violência. Portanto, o tema atende aos requisitos de relevância, novidade e importância.

## 2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: conceito

A violência, em seu sentido mais geral, é o uso de força física, psicológica ou coerção intelectual para forçar outra pessoa a fazer algo que ela não quer fazer. É uma restrição, uma privação de liberdade, uma perturbação, que impede a outra pessoa de expressar seus desejos e sua vontade, com o risco de ser seriamente ameaçada, mesmo espancada, ferida ou morta. É um meio de coerção, de submeter outra pessoa ao seu próprio domínio, é uma violação dos direitos humanos básicos.

Portanto, a violência pode ser entendida como um meio de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, de oprimi-las e insultá-las física ou moralmente.

### 2.1 Violência doméstica

De acordo com a Lei Maria da Penha a violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou conduta baseada no gênero que ocasione morte, lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher no ambiente doméstico, e em qualquer relação íntima à qual ela esteja ligada (BRASIL, 2006, Artigo 5º).

Isto sugere que este conceito está mais próximo da relação de poder existente entre o agressor e a vítima do que do espaço físico em que eles vivem. A partir desta perspectiva, a definição pode ser estendida às relações de ligação íntima que não são necessariamente afetadas pela coabitação, como a datação. Pode também incluir as relações pai-filho, mesmo que não haja relação de sangue entre eles (ZANATTA; SCHNEIDER, 2017).

Quando a lei diz "violência doméstica", ela não somente protege a mulher, mas também a própria entidade familiar, pois esta classificação de violência se aplica não somente à agência privada da ordem familiar, mas principalmente às instituições públicas mandatadas para proteger os direitos básicos dos membros da família (DIAS, 2019).

De acordo com o autor supracitado, pode-se também concluir que, ao definir a violência doméstica, a lei procura proteger não apenas as mulheres, mas também qualquer membro da família que esteja em uma situação de agressão caracterizada por relações de poder e subordinação, inclusive aquelas baseadas no gênero. Em outras palavras, embora o objetivo principal da Lei 11.340/06 seja a contenção da violência doméstica e familiar contra as mulheres, seu escopo não se limita a isso, mas também protege qualquer situação de dominação gerada por posições hierárquicas de poder e opressão relacionadas às relações familiares e afetivas (DIAS, 2019).

Para melhor compreender esta ideia, deve-se observar que a Constituição Federal de 1988 abandonou o conceito patriarcal de família e passou a incorporar vínculos afetivos (relações afetivas) ao conceito de unidade familiar. Ela criou um modelo de união,

igualdade e solidariedade entre seus membros. Assim, a família acabou por ter múltiplos significados nos quais diferentes objetos e formas podiam ser percebidos.

Ela foi orientada não apenas pelo conceito tradicional de casamento entre um homem e uma mulher, mas também pelo núcleo do apego (DIAS, 2019), que inclui tanto as relações consideradas tradicionais, como as relações homoafetivas, uniões estáveis, famílias monoparentais ou famílias numerosas, como também qualquer associação de pessoas em que exista um elemento de apego.

O conceito de família no sentido da Constituição Federal de 1988 sofreu novos desenvolvimentos, especialmente a partir do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e do princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CF/88), já que o diploma normativo identificou a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária como um de seus principais objetivos.

Neste contexto, o conceito de família é entendido como uma comunidade na qual o indivíduo está integrado e cuja função é garantir o desenvolvimento de seus membros sem nenhuma desigualdade. Este conceito difere dos patriarcais e autoritários em que o corpo familiar e a proteção de seus membros devem ser considerados como um só (PRIORE, 2013).

Deve-se observar que o Artigo 5º, inciso III da Lei 11.340/06 visa proteger as vítimas de violência devido a qualquer relação íntima. A Súmula 600 do STJ esclarece ainda que a coabitação entre o agressor e a vítima não é uma condição prévia para a aplicação da lei. Assim, embora a lei defina o alcance da violência como domesticidade, é suficiente para sua aplicação que a relação entre a agressão e a situação que a originou seja de vínculo íntimo, o que também abrange imagens de agressão em um ambiente de lazer (quando tal relação causal é acreditada) (DIAS, 2019).

Levando isto em consideração, pode-se dizer que na classificação dos sujeitos contemplados na lei de Maria da Penha, qualquer pessoa que mantenha uma relação afetiva íntima com a vítima é considerada um sujeito ativo. Este sujeito não precisa ser necessariamente masculino; a lei pode até ser aplicada a agressões que ocorrem entre colegas de quarto, por exemplo.

Enquanto o papel do sujeito passivo é geralmente reservado às pessoas com identidade de gênero feminino, por outro lado, alguns tribunais estão conscientes de que a aplicação de medidas de proteção também pode ser estendida às vítimas masculinas de agressão. Por exemplo, a Corte de São Paulo considerou a aplicação da Lei Maria da Penha por analogia em favor dos homens, como mostra a jurisprudência a seguir:



Obrigação de nada fazer - Pedido baseado na ameaça e necessidade de proteger a integridade física e psicológica por parte do ex-sócio - Destruição baseada na ausência de regra que regule o pedido - Inadmissibilidade Exegese do art. 5o, XXXV da CF e do art. 4º da LINDB. Medida de proteção incluída nos poderes preventivos gerais do tribunal - Efeito da Lei Maria da Penha por analogia Admissibilidade antes da aplicação do princípio da isonomia entre homens e mulheres - Não necessidade de investigação policial prévia - Precedente do TSJ - Anulação do julgamento - Satisfação do recurso (SÃO PAULO, 2004, p. 1).

Já o próprio conceito é controverso. Dias (2019), por exemplo, não reconhece esta posição e acredita que o objetivo legislativo era "dar poder às mulheres diante da cultura patriarcal e machista, de modo que a lei se concentrou no gênero para impor mecanismos para deter a violência" (DIAS, 2009, p. 81).

O site do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em um relatório publicado em 2016, também confirmou este entendimento, afirmando que a lei "não pode ser aplicada a casos de violência contra homens porque o escopo da proteção da lei é o das mulheres" (CNJ, 2016, p. 1).

Silva e Viana (2017, p. 5), por sua vez, entende que "não se pode concluir que somente as mulheres sejam vítimas potenciais de violência doméstica, violência conjugal ou violência do parceiro". Em qualquer caso, as medidas de proteção da lei também se aplicam a travestis, transexuais e pessoas transgêneros com identidade feminina e, em alguns casos, podem se aplicar por analogia aos homens em situações de violência doméstica e familiar.

Além disso, deve-se observar que as agressões que ocorrem entre pessoas cuja relação sentimental já terminou, assim como em várias outras situações que se enquadram no conceito legal, por exemplo, as agressões contra trabalhadores domésticos no âmbito comum de seu trabalho também podem encontrar apoio na Lei 11.340/06 (DIAS, 2019).

Na mesma linha, Moreno (2014) considera que, em matéria de violência doméstica, todos aqueles que vivem no ambiente familiar, tais como trabalhadores, donas de casa e até visitantes esporádicos, podem ser levados em consideração. A autora também argumenta que os maus tratos às mulheres, ou seja, a violência baseada no gênero, é uma parte importante da violência doméstica.

Nesse ínterim, tomando a definição de violência doméstica do artigo 5º da Lei 11.340/06, o conceito não pode ser separado. Para extrair o verdadeiro conceito legal de violência doméstica, é necessário analisar esse artigo junto com o artigo 7º da mesma lei

(DIAS, 2019). Ele define a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral como formas de violência doméstica e familiar (ZANATTA; SCHNEIDER, 2017). Estas características serão observadas durante a construção do trabalho.

Artigo 7º - Incluem formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: I - violência física, entendida como qualquer comportamento que afete sua integridade física ou saúde;

II - violência psicológica, entendida como qualquer comportamento que prejudique e diminua emocionalmente a autoestima da criança, prejudique e impeça seu pleno desenvolvimento ou vise humilhar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões da criança através de ameaças, coerção, humilhação, a manipulação, isolamento, vigilância prolongada, assédio, insultos, chantagem, invasão de privacidade, ridicularização, exploração e restrição do direito de ir onde ela quiser ou qualquer outro meio que prejudique sua saúde mental e seu direito à autodeterminação;

III - violência sexual, definida como qualquer conduta que, através de intimidação, ameaça, coerção ou força, força a vítima a testemunhar, participar ou continuar relações sexuais indesejadas, força a vítima a comercializar ou explorar sua sexualidade de qualquer forma, impede-a de usar métodos contraceptivos, coage, chantageia, suborno ou a manipula para o casamento, gravidez, aborto ou prostituição, ou a restringe ou impede de exercer seus direitos.

IV - violência patrimonial, entendida como qualquer comportamento que leve à retenção, subtração ou destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, inclusive aqueles destinados às suas necessidades;

V - violência moral, entendida como qualquer comportamento que envolva calúnia, difamação ou insulto.

A violência doméstica, portanto, ocorre quando os comportamentos referidos no artigo anterior ocorrem devido a laços familiares ou afetivos (artigo 5º da Lei 11.340/06).

Portanto, embora esta afirmação seja bastante controversa, este documento sugere que, em termos de impunidade e punição efetiva do perpetrador, se os crimes de violência doméstica fossem submetidos a cortes criminais especiais, seria mais eficaz no combate à

impunidade. Mesmo que as mesmas penas fossem aplicadas em tribunais penais especiais, a lei de Maria da Penha seria mais eficaz no combate à impunidade.

## **2.2 Origem da lei nº 11.340/2006**

A Lei nº 11.340 foi implementada no Brasil em 2006, e a história de vida de Maria da Penha Maia Fernandes foi crucial para a criação deste instrumento legal, pois seu sofrimento era conhecido mundialmente (MORENO, 2014). Segundo o autor supramencionado, nos meses de maio e junho de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de duas tentativas de assassinato de seu marido, Marco Antônio Heridia Viveros.

A primeira tentativa ocorreu enquanto ela ainda estava dormindo, quando Viveros atirou em Maria da Penha. Como resultado desta agressão, a vítima teve que passar por várias operações, mas além do trauma físico e psicológico, ela acabou sofrendo um ferimento na medula espinhal. Duas semanas após o seu retorno de do hospital, sua segunda tentativa de vida ocorreu enquanto ela tomava banho, quando seu marido tentou eletrocutá-la. Ele já tinha um histórico de agressão à sua família, por isso tinha medo do divórcio por causa de seu comportamento agressivo. Devido a este segundo atentado contra sua vida, Maria da Penha decidiu divorciar-se legalmente dele (MORENO, 2014).

Noletto e Barbosa (2019) expõem que a história de vida de Maria da Penha ganhou notoriedade internacional devido à negligência do sistema judiciário brasileiro, e na ausência de punição do agressor, 15 anos após a realização de tal atrocidade, tanto a vítima como Centro pela Justiça, o Direito Internacional (CEJIL) e o comitê Latino-Americano de Defesa dos direitos da Mulher (CLADEM), denunciaram o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo exame das petições e pela denúncia das violações dos direitos humanos.

Neste contexto, pode-se notar a falta de comprometimento do Brasil na luta contra a violência doméstica. Além disso, a repercussão internacional destacou as dificuldades e a necessidade de uma transformação extrema do sistema penal brasileiro, conhecido por sua falta de seriedade e lentidão nos processos que envolvem violência contra a mulher (SANTOS, 2008). Como resultado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Relatório nº 54/2001, que é considerado um documento de grande importância para a compreensão da violência contra a mulher no Brasil.

De fato, o nome da lei é uma homenagem aos contínuos esforços de Maria da Penha, como os eventos dentro da família ou os sentimentos entre o agressor e a vítima devido à falta de apoio social e leis que protegem as pessoas contra a agressão e a opressão dentro da família. De acordo com o artigo 5º da Lei 11.340/06, a violência na esfera familiar contra a mulher é:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, é considerada violência doméstica e familiar contra o gênero feminino qualquer ação ou omissão fundamentada no gênero que lhe ocasione morte, lesão sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no contexto da unidade doméstica, considerada como o lugar de convivência constante, sustentada de pessoas com ou sem vínculos, incluindo as esporadicamente agregadas;

II – no contexto familiar, considerado como a comunidade formada por pessoas que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em uma relação interna de dependência genética, na qual o agressor se abandonou ou foi deixado sozinho pelo agressor, na qual o agressor se abandonou ou foi deixado sozinho pelo agressor (BRASIL, 2006).

Deve-se notar que a Lei Maria da Penha tem um no progresso dos direitos da mulher, desde a entrada em vigor da lei, a sociedade passou a considerar as mulheres como seres dignos de direitos, vendo-as a conquistar seu espaço no mundo masculino.

### **3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

As Medidas Protetivas de urgência foram introduzidas pela Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, e constituem mecanismos legais para proteger a integridade ou a vida de uma menina, jovem ou mulher em perigo.

As medidas extraordinárias de proteção destinam-se a alcançar o objetivo da lei Maria da Penha, que visa garantir "o direito das mulheres a uma vida livre de violência". assim como reprimir os agressores e garantir a segurança da vítima, seus filhos e seus bens (DIAS, 2019, p. 171).

O legislador fez uma distinção entre as medidas protetivas de urgência nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/06. levando em conta o comportamento habitual dos agressores em casos de violência doméstica. De acordo com Maria Berenice Dias (2019), estas disposições serão discutidas mais detalhadamente a seguir, mas deve-se observar que são indicativas, o que significa que as medidas de proteção que podem ser adotadas podem diferir das listadas, levando em conta as especificidades da situação real.

#### **3.1 Os mecanismos de proteção da lei 11.340/06: das medidas protetivas de urgência obrigatórias ao agressor (art. 22 da lei 11.340/06)**

O artigo 22 da Lei nº 11.340/06 lista as medidas de proteção que são obrigatórias para o agressor, ou seja, aquelas que visam diretamente o objeto ativo da violência. As disposições impostas podem tanto comissivas quanto omissivas e, no segundo caso, a conduta ativa que viola uma medida constitui um crime de insubordinação judicial.

Art. 22. Uma vez verificada a violência doméstica e familiar contra a mulher, esta lei permite que o juiz adote imediatamente as seguintes medidas protetivas de urgência contra o agressor, em conjunto ou separadamente:

I - Suspensão ou restrição de posse de armas, com notificação à autoridade competente, de acordo com a Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003;

II - Saída do domicílio, residência ou local de coabitação da vítima;

III - proibição de certos comportamentos, em particular

(a) se aproximar da vítima, dos parentes e testemunhas da vítima e colocar uma distância mínima entre eles e o agressor;

(b) Contatando a vítima, seus parentes e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

(c) Ir a certos lugares para proteger a integridade física e psicológica da vítima;

IV. Restrição ou suspensão das visitas a menores dependentes, em consulta com a equipe multidisciplinar de atendimento ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas contempladas no presente artigo não impedem a aplicação de outras medidas previstas na legislação aplicável, se a segurança da vítima ou as circunstâncias o exigirem, das quais o Ministério Público deverá ser informado.

§ 2º Se o parágrafo I for aplicado enquanto o perpetrador estiver nas circunstâncias referidas no título e nos parágrafos do artigo 6º da Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, o juiz notificará a autoridade competente, empresa ou instituição das medidas de proteção emergencial tomadas e determinará a restrição à posse de armas, enquanto o superior do perpetrador será instruído a executar a sentença sob pena de fraude ou insubordinação, conforme o caso.

§ 3º Para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz solicitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Serão aplicadas as disposições do caput e dos §§ 5º e 6º do artigo 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2006).

Estas medidas serão discutidas separadamente a seguir para melhor compreensão.

### **3.1.1 Suspensão da posse ou restrição do porte de armas**

Esta medida se refere às restrições ao uso de armas de fogo. De acordo com Cunha e Pinto (2014), é uma forma de proteger a integridade física da mulher. Também se refere ao Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03):

Art. 22. Ao constatar violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito desta lei, o juiz pode aplicar imediatamente, conjunta ou separadamente, ao agressor, entre outras, as seguintes medidas urgentes de proteção.

I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com notificação à autoridade competente, de acordo com a Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003; [...].

A violência doméstica e familiar tende a aumentar e piorar com o tempo. Assim, a posse ou disposição de uma arma pelo agressor apresenta um risco correspondente à mulher agredida, o que torna apropriado o uso da medida. Esta pode consistir na suspensão da posse ou restrição do porte de arma de fogo, conforme determinado por um tribunal.

Os termos "suspender" e "restringir" são usados porque têm significados diferentes. Suspender significa proibir o uso, pois a posse tem relação direta com esse comando. Restringir, por outro lado, tem o significado de restrição de uso e refere-se à posse (PORTO, 2014).

As restrições podem se referir a permitir o uso da arma somente durante o horário de trabalho e dentro de um determinado perímetro, entregar armas a um supervisor no final do dia de trabalho e proibir a aproximação da vítima com armas, mesmo estabelecendo uma certa distância.

Esta medida de proteção provavelmente exigirá o uso de busca e apreensão para ser eficaz. Entretanto, no caso de posse legal, o agressor não seria responsável por uma



violação da Lei de Desarmamento, e "as armas poderiam ser-lhe devolvidas no futuro, após a conclusão de um julgamento de violência doméstica.

O parágrafo 2º do artigo 22 estabelece que quando uma medida cautelar for adotada, o juiz notificará a autoridade competente, empresa ou instituição e imporá uma restrição ao porte de armas e o superior do agressor será responsável pela execução da decisão judicial.

### **3.1.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência**

A medida de afastamento do agressor do lar está diretamente relacionada às medidas listadas no artigo 23 da Lei nº 11.340/06, a saber, por exemplo, a separação dos corpos ou o retorno da vítima e seus dependentes a suas respectivas casas, que será discutida abaixo (BRASIL, 2006).

Neste sentido, a emenda introduzida pela Lei nº 13.827 de 2019, que acrescentou o artigo 12-C à Lei Maria da Penha, permitindo tanto ao delegado como ao policial (caso o delegado não esteja disponível no momento da queixa) exercer seu poder de expulsar o agressor do lar quando se trata de municípios fora do distrito judicial, confirmando o perigo atual ou imediato à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica.

Art. 12-C. Assim que for constatado que existe um perigo atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher vítima de violência doméstica ou de seus dependentes, o agressor deve ser imediatamente:

I - Por uma autoridade judicial;

II - Por um policial, se o município não for a sede do distrito judicial e nenhum policial estiver presente no momento da acusação.

§ 1º Em caso de aplicação dos parágrafos II e III deste artigo, o juiz será informado dentro de um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e, dentro do mesmo prazo, decidirá se deve manter ou revogar a medida aplicada, informando simultaneamente o promotor público.

§ 2º Se houver risco para a integridade física da vítima ou para a eficácia da medida protetiva de urgência, não será concedida a liberdade temporária ao detido.

Com relação às alterações, Nucci (2019) argumenta que elas mantêm a cláusula jurisdicional porque a lei prevê a comunicação da medida a um juiz no prazo máximo de 24 horas e a decisão dentro do mesmo período de manter ou revogar a medida. No entanto, afirma que a lei é constitucional e até prioriza a dignidade da pessoa humana.

A este respeito, deve-se notar que o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei nº 14.310/22, que prevê o registro imediato no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) das medidas de proteção adotadas por um juiz em favor das mulheres vítimas de violência.

A norma, derivada do Projeto de Lei do Senado 976/19, introduz na Lei Maria da Penha a necessidade de registro, dando ao Ministério Público, ao defensor público e às autoridades de segurança pública e assistência social acesso imediato às medidas de proteção adotadas.

Entre as possíveis medidas de proteção estão a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, a remoção do agressor de seu domicílio, residência ou local de coabitação, a proibição de adiantamentos, o pagamento de uma pensão temporária, a implementação de programas de reabilitação e reeducação pelo agressor.

É bem conhecido que medidas coercitivas urgentes podem ser tomadas imediatamente, independentemente da audiência das partes e da declaração do promotor, e devem ser comunicadas sem demora. Em termos de aplicabilidade, é importante enfatizar que as medidas de proteção emergencial devem ser aplicadas separadamente ou em combinação e podem ser substituídas a qualquer momento por outras medidas mais eficazes quando os direitos reconhecidos na Lei Maria da Penha forem ameaçados ou violados.

Quanto à eficácia das medidas, deve-se observar que o juiz, a pedido do promotor ou da vítima, pode adotar novas medidas de proteção emergencial ou rever aquelas já adotadas, se necessário para proteger a vítima, sua família e seus bens, após ter ouvido o promotor. A fim de melhor assegurar a implementação de medidas urgentes de proteção, a nova Lei nº 14.310 de 8 de março de 2022 modificou a redação do parágrafo único do artigo 38-A da Lei Maria da Penha:

Parágrafo único. Uma vez adotadas as medidas urgentes de proteção, elas devem ser imediatamente registradas em um banco de dados gerenciado e regulamentado pelo Conselho Nacional da Magistratura, ao qual o Ministério Público, o Ministério Público e as autoridades responsáveis pela segurança pública e assistência social devem ter acesso imediato, a fim de monitorar e assegurar a eficácia das medidas de proteção. (NR) (BRASIL, 2022).

Deve-se lembrar que esta disposição do Artigo 38-A foi inserida pela Lei nº 13.827 de 2019, como segue:

Artigo 38-A. O juiz competente deve assegurar o registro da medida de privação de liberdade urgente.

Parágrafo único. As medidas de proteção emergencial serão registradas em um banco de dados administrado e regulamentado pelo Conselho Nacional do Poder Judiciário, ao qual terão acesso ao Ministério Público, o Ministério Público e os órgãos de segurança pública e assistência social, a fim de monitorar e assegurar a eficácia das medidas de proteção (BRASIL, 2019).

Assim, pode-se dizer que aqueles que não respeitam plenamente os direitos da mulher não estão preparados para viver em sociedade. Qualquer que seja a matriz social da mulher, ela deve ser respeitada em sua totalidade, em sua totalidade, porque a dignidade sexual não é negociável, e todo homem real sabe que somente um projeto inacabado e um pedaço de homem, tão vil, desonroso, inútil e desinteressante, pode violar os direitos da mulher.

### **3.1.3 Proibição de contato (com a vítima, seus familiares e testemunhas) e de frequência de determinados lugares**

O inciso III do artigo 22, proíbe os seguintes comportamentos por parte do agressor.

Art. 22: Assim que a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher for estabelecida, o tribunal poderá imediatamente impor, conjunta ou solidariamente, as seguintes medidas cautelares urgentes, em particular contra o agressor: [...]

III - a proibição de certas condutas, inclusive:

- a) aproximação da pessoa ferida, seus parentes e testemunhas, estabelecendo uma distância mínima entre eles e o agressor;
- (b) contatar a vítima, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e
- (c) Ir a certos lugares para proteger a integridade física e psicológica da vítima.

A proibição de contato, tanto físico como por meio de comunicação, pode ser imposta ao acusado se for usada para cometer delitos como ameaças, invasão e

perturbação da ordem pública. Para evitar o contato físico entre o agressor e a vítima, seus familiares e testemunhas, pode ser estabelecida uma distância mínima de aproximação.

O objetivo desta medida é evitar a repetição de atos violentos, evitar intimidações e ameaças que possam, em última instância, embaraçar ou dificultar a investigação, tais como a intimidação de testemunhas. Em relação à hipótese de impedir o contato com o agressor por meio de comunicação, a proibição abrange formas como "telefone, carta, e-mail, Messenger, WhatsApp, redes sociais, etc." (DIAS, 2019, p. 183-184).

A norma legal acima mencionada prevê em alguns casos que o agressor deve deixar de ir a determinados lugares para proteger a integridade física e psicológica da vítima. Dias (2019) aponta que estas definições não violam o direito de ir e vir garantido pela Carta Magna Brasileira porque a liberdade de movimento é limitada pelo direito do outro de preservar a vida e garantir a integridade física.

### **3.1.4 Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores**

Se a segurança da vítima puder estar em risco, o juiz pode suspender ou limitar as visitas do agressor às crianças. Em casos de violência doméstica, quando a integridade da mulher ou de seus filhos é ameaçada, a suspensão das visitas é uma medida de proteção urgente apropriada.

Para protegê-los deste perigo, pode-se estabelecer que as visitas devem ser realizadas em um local específico, sob supervisão (DIAS, 2019). Isto decorre do inciso IV do artigo 22 da Lei nº 11.340/06, que estabelece que nestes casos uma equipe multidisciplinar de atendimento ou serviço similar deve ser ouvida.

Parece certo que a medida acima mencionada deve ser aplicada especialmente quando a violência é dirigida contra menores dependentes, especialmente em casos de abuso sexual, tortura ou maus-tratos graves. Mesmo que os maus-tratos sejam dirigidos apenas a uma ou poucas crianças, as restrições podem ser estendidas a outras, desde que o contato com um dos pais a montante também os coloque em risco.

Quando o histórico de abuso é limitado à mãe, geralmente não há motivo para negar o contato do abusador com as crianças, mas podem ser impostas restrições ao local e ao momento da visita, bem como a proibição de fazê-lo sob a influência de álcool ou drogas ou de levar o abusador a lugares não especificados, etc.

Esta restrição será ainda maior nos casos em que a mulher e seus filhos forem transferidos para um abrigo ou lar familiar. Muitas vezes, o local da transferência deve ser mantido em segredo e de preferência nem sequer mencionado, para que o abusador não saiba sobre ele. Neste caso, é claro, a visita não pode ocorrer em um abrigo, mas somente em outro lugar previamente especificado pela autoridade.

### **3.1.5 Prestação de alimentos**

É uma medida de proteção urgente que impõe manutenção temporária ou provisória ao agressor visa apoiar a pessoa em necessidade (a mulher ou seus filhos) durante atos de violência doméstica e familiar (CUNHA; PINTO, 2014). De acordo com os autores supracitados todos os parâmetros exigidos por lei para reconhecer e realizar o direito à alimentação devem ser levados em consideração aqui. Eles devem ser estabelecidos em proporção às necessidades do requerente para uma vida compatível com sua situação social, inclusive para fins educacionais, e em relação aos recursos do devedor.

O fato é que a vida não pode esperar e, a dependência econômica é na maioria das vezes o fator mais decisivo para a escravidão de mulheres e crianças por um patriarcado cruel e egocêntrico. Para tanto, o estabelecimento de uma dieta temporária, assim como qualquer medida de separação do parceiro, é uma medida necessária, sob pena de forçar a vítima a desistir de suas reivindicações civis ou criminais de extrema necessidade.

Obviamente, se a mulher tiver suas próprias condições de sobrevivência, esta medida não será necessária a seu favor, mas será sempre útil a favor dos dependentes, cuja manutenção não pode ser de responsabilidade exclusiva do ofendido.

A remoção do ofensor do lar não o liberta de sua obrigação de continuar a sustentar sua esposa e filhos, ou seja, sua obrigação sobre a família permanece. O dever de sustentar a esposa surge do dever de sustentar o cônjuge e faz parte do poder familiar (em relação aos filhos) (DIAS, 2019).

O poder de determinar a prestação de alimentos nos termos da Lei Maria da Penha também se estende aos tribunais penais. É claro que este poder só é configurado quando a obrigação de prover pensão alimentícia tem como pano de fundo a prática da violência doméstica e familiar.

## **4 CONCLUSÃO**

Ao escrever este artigo, pretendeu-se analisar a Lei Maria da Penha, começando pelo contexto que precedeu sua criação, os conceitos-chave e sua aplicação, e finalmente explorando o surgimento de mecanismos de proteção destinados a proteger as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Durante a elaboração do estudo, verificou-se que a relação afetiva íntima entre o agressor e a vítima é o conceito mais relevante a ser considerado, embora este conceito deva estar ligado ao surgimento da violência doméstica, pois é também um elemento fundamental para sua definição.

Também foi apontado que a violência doméstica e familiar contra a mulher é uma forma de violência baseada no gênero, pois se baseia na estrutura patriarcal da sociedade, ou seja, nas relações hierárquicas de dominação e subordinação entre homens e mulheres, assim como nas relações desiguais de poder que derivam destas relações. Foi enfatizado que a violência baseada no gênero decorre do simples fato de pertencer a um determinado gênero.

Quanto às medidas para obrigar o agressor, foi observado que elas exigem uma certa passividade ou negligência por parte do agressor, visando o bem-estar e a segurança da vítima. Notou-se que medidas como a suspensão da posse ou restrição do porte de armas e a remoção do agressor de casa têm a intenção de limitar o agravamento da situação de violência à qual a vítima foi submetida. A proibição de contato (com a vítima, seus parentes e testemunhas) e de ir a certos lugares, além da finalidade acima mencionada, visa especificamente a intimidação e ameaças, ou seja, a violência psicológica.

A restrição ou suspensão de visitas a menores dependentes visa especialmente os casos em que a agressão é dirigida a crianças, enquanto a prestação de alimentos não é apenas um direito derivado do dever de assistência mútua e poder familiar, mas visa a apoiar a pessoa (mulher ou criança) que precisa dela durante atos de violência doméstica e familiar.

Assim, à luz do acima exposto, pode-se concluir que a lei procura criar condições reais para reduzir a incidência da violência contra as mulheres e eventualmente erradicar a violência através de disposições legais que afetam a sociedade como um todo. Além disso, o texto procura proporcionar às vítimas toda a assistência necessária para sua recuperação. No entanto, como assinalamos neste artigo, a tarefa continua a ser muito difícil. As razões são estruturais e exigem muito trabalho e conscientização.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais,

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: Acesso em: 18 de março de 2021.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei n. 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm). Acesso em: 26 de junho de 2021.



\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei n. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 26 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 14.310, de 8 de março de 2022**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para determinar o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Lei/L14310.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14310.htm). Acesso em: 14 de março de 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (**Lei Maria da Penha**). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em 15/03/2021.

CNJ – **Conselho Nacional de Justiça. CNJ**. Serviço: para quem a Lei Maria da Penha pode ser evocada? 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83078-cnj-servico-para-quem-a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha na Justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MORENO, Renan de Marchi. **A eficácia da Lei Maria da Penha**. Direito Netartigos, 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/Aeficacia-da-Lei-Maria-da-Penha#:~:text=A%20efic%C3%A1cia%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha%201,9%205.1%20ESP%C3%89CIES%20DE%20VIOL%C3%8ANCIA%20Mais%20itens>. Acesso em: 17 de abril de 2021.

NOLETO, Karita Coêlho; BARBOSA, Igor de Andrade. **A Efetividade da Lei Maria da Penha no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Revista Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-efetividade-da-lei-mariadapenha-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em 26/04/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Considerações iniciais sobre a Lei 13.827/2019 –Proteção à Mulher**. 2019. Disponível em:

<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/712172899/consideracoes-iniciaissobre-a-lei-13827-2019-protECAo-a-mulher>. Acesso em: 26 de junho de 2021.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PRIORE, Mary del. **Conversas e histórias de mulher**. São Paulo: Planeta, 2013.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha**: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 301, março de 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL: 00096501020118260318. SP 0009650-10.2011.8.26.0318**. Relator: Miguel Brandi, Data de Julgamento: 28/07/2014, 7 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/07/2014.

SILVA, Artenira da Silva e; VIANA, Thiago Gomes. **Medidas Protetivas De Urgência E Ações Criminais Na Lei Maria Da Penha**: Um Diálogo Necessário. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017.

Disponível: <file:///C:/Users/User/Downloads/2152-4809-1-PB.pdf>. Acesso em 01 de maio 2021.

ZANATTA, M. C.; SCHNEIDER, V. M. **Violência contra as mulheres: a submissão do gênero, do corpo e da alma**. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (org.). Direito das Mulheres. Florianópolis: Lumen Juris Direito, 2017. p. 73-97.

## A PROTEÇÃO DOS ATOS DE TORTURA PERANTE O SISTEMA PENITENCIÁRIO

**EDER JOSÉ PACHECO:**  
Bacharel em Direito pela Unifenas. Oficial do MP/MG. Agente Fiscal do Procon/MG. Pós-graduado em Direito Civil, Penal, Consumidor.

**RESUMO:** A presente resenha científica examinará a função jurisdicional na prevenção e fiscalização da tortura praticada por agentes públicos, notadamente na obtenção de confissões e informações, e no cumprimento de penas pelos presos. Desse modo, este investigador procurará identificar dificuldades para efetivar normas que criminalizam sua prática, de impunidade generalizada. O presente ensaio abordará que a tortura é caracterizada por ser invisível, indizível, insindicável e impunível; que a tortura é um crime de oportunidade, racional, funcional e eficaz, resultante de modelo inquisitorial de investigação, que cria o ambiente propício à sua prática e impede sua investigação e punição. Ao mesmo tempo, serve-se de marcos teóricos do garantismo jurídico (nas vertentes de garantismo do Direito Constitucional, Garantismo do Direito Penal e Garantismo do Direito Internacional dos Direitos Humanos), e da concepção de integridade judicial, para apontar os desafios para os órgãos de atuação de fiscalização e controle externo das polícias e dos agentes prisionais, no esforço de tornar efetivo um controle judicial da tortura no Brasil. Por fim, navegar-se-á na perspectiva da vítima e seu papel no processo penal.

**Palavras-chave:** Tortura; Maus-tratos; Direitos Humanos.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E DOGMÁTICOS; 3. A TORTURA NA LEI 9.455/97; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

As circunstâncias pelas quais incide a prática da tortura no Brasil e os resultados obtidos por essa conduta afetam o exercício das funções do Poder Judiciário. Assim, a manifesta incidência da violência e tortura na sociedade agride substancialmente os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

A par de tal violação, é possível verificar sua ocorrência em duas grandes vertentes. A primeira, no âmbito judicial, conhecida na fase pré-processual, como meio utilizado pelas forças públicas de segurança para obtenção de informações ou confissões, como os chamados interrogatórios sombrios de calabouços, posto que praticados unilateralmente pela autoridade de segurança e desprovidos das garantias básicas asseguradas pela Constituição Federal de 1988 ao interrogado, são inseridas como peças de inquéritos policiais, as quais acabam contaminando a instrução criminal.

A segunda vertente ocorre quando as pessoas custodiadas pelo Estado são submetidas à tortura ou ao tratamento desumano. Em tais situações, o modo como permanecem presas, e as situações concretas de danos que sofrem, ou do risco de sofrê-las, vilipendiam o devido processo legal e o Estado de Direito.

Em ambas vertentes, a incidência da tortura afeta diretamente a administração da justiça. Na fase pré-processual, alterando, de modo ilícito, a maneira como provas são carreadas aos autos, destruindo o direito penal como garantia do cidadão de se ver acusar e punir segundo um devido processo legal. Já no outro plano carcerário, infligindo penas e punições não autorizadas por lei, e mesmo contrárias a ela.

De todo efeito, o que transcende os marcos aqui fincados é por que se tortura. Seria o Estado Vingativo? Por que há tanta reclamação de presos contra atos bárbaros e abusivos cometidos por quem detém sua custódia? Estaria o Brasil a fincar mastro do Direito do Inimigo, onde os direitos fundamentais seriam aniquilados em prol de uma segurança invisível social?

Ressalta-se que deve haver inúmeras respostas, subjetivistas, é claro, todavia, quando se compreende que a questão da tortura envolve relações de poder, fica fácil entender por que as coisas são como estão.

No estado de coisas atual, a tortura se caracteriza por ser um fenômeno invisível, indizível, insindicável e impunível, do ponto de vista do sistema de justiça e segurança. Daí, o objeto de atenção do presente trabalho é como o Poder Judiciário responde a esse fenômeno da tortura.

## **2. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E DOGMÁTICOS**

### **2.1 A CONSTITUINTE DE 1988 E A PROIBIÇÃO DA TORTURA NA CARTA MAGNA**

Embora o Presidente José Sarney tenha designado uma comissão de alto nível para formular uma proposta de constituição para o Brasil (a chamada “comissão de notáveis”),

a Assembleia Nacional Constituinte, instalada em fevereiro de 1987, adotou método inédito para construir o texto fundamental, já que organizou-se em oito comissões temáticas, que subdividiram-se em três subcomissões, sendo que cada subcomissão elaborava um texto abrangendo o subtema e o propunha como anteprojeto do relator.

Desde o primeiro documento produzido na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias Individuais, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, os constituintes de 1987/1988 compreenderam a importância de novamente ser proclamada a proibição da tortura, bem assim de serem estabelecidas garantias e salvaguardas contra essa prática hedionda.

Uma das primeiras versões trazia a seguinte redação:

Art. 45 - A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.

1 - Considera-se tortura qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informação ou confissão, para puni-la ou constrangê-la, ou a terceiros, com o consentimento ou tolerância de autoridade pública ou de outrem investido oficial ou oficiosamente de autoridade.

2 - Tais crimes serão apurados e julgados por denúncia da própria vítima, de seus parentes ou representantes legais, ou por representação da sociedade civil junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

3 - A vítima terá direito a justa e adequada indenização, inclusive aos meios necessários à sua plena reabilitação.

4 - Em caso de morte, os dependentes ou herdeiros da vítima terão direito à indenização do Poder Público, assegurada a este ação de regresso contra os seus prepostos torturadores.

5 - Nos casos de tortura cometida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a estas incumbe a indenização.

Não é aqui o espaço para apreciar, com maiores detalhes, o conjunto das propostas sobre o tema na constituinte, posto que algumas ampliavam seu alcance, outras simplesmente retiravam por completo a menção à tortura no texto constitucional, por considerar questão de âmbito da legislação infraconstitucional. Basta informar que foram mais de 150 propostas de emenda aos projetos de texto constitucional.

Bem, ultrapassada as diversidades, o texto aprovado na redação final do art. 5º restou ainda lacônico. Contudo, fixou o princípio geral da proibição da tortura:

Art. 5º. [...]

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

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia à prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O texto constitucional acolheu a versão genérica, de proibição, sem preocupação em delimitar conceitos. Adotou, em grandes linhas, a proibição da tortura contida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Deliberadamente, o constituinte de 1988 deixou de adotar o já conhecido e consagrado conceito, lançado na Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis, da ONU, de 1984, posto que incluir na Constituição a proibição da tortura não fez com que esta desaparecesse automaticamente do mundo fático.

A prática da tortura tem sido denunciada por organizações nacionais de direitos humanos - governamentais e não-governamentais - e também por entidades internacionais de direitos humanos, as quais têm realizado acompanhamento da situação de respeito ou violação aos direitos fundamentais no Brasil.

Tendo o Brasil apresentado Relatório Inicial Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 1994<sup>31</sup>, o Comitê de Direitos Humanos, órgão de monitoramento desse tratado, teve a oportunidade de formular observações finais em sua 57ª sessão periódica, realizada em 24 de julho de 1996, expressando sua profunda preocupação com os "numerosos casos de tortura, detenções arbitrárias e ilegais, ameaças

---

<sup>31</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Relatório Inicial Relativo Ao Pacto Internacional Dos Direitos Civis E Políticos de 1966. Fundação Alexandre de Gusmão e Núcleo de Estudos da Violência da USP. Brasília: FUNAG, 1994.



de morte e atos de violência contra prisioneiros cometidos por forças de segurança”, lamentando que “o medo de represálias que possam adotar as autoridades das prisões e funcionários de prisões provoquem a inibição dos prisioneiros e detidos quanto à apresentação de denúncias”.

Em maio de 2000, o Brasil, através da Comissão de Direitos Humanos designou, em sua Resolução 1985/33, que fosse instado um Relator Especial para que examinasse as questões relativas à tortura. Convidou-se, daí, o Relator da ONU, Sr. Nigel Rodley, a realizar uma missão de levantamento de fatos no país.

O objetivo da visita, que ocorreu de 20 de agosto a 12 de setembro de 2000, consistia em permitir que o Relator Especial coletasse informações, em primeira mão, a partir de uma ampla gama de contatos, a fim de melhor avaliar a situação da tortura no Brasil, permitindo, assim, recomendações ao Governo brasileiro de um conjunto de medidas a serem adotadas, no intuito de assegurar o cumprimento de seu compromisso de pôr fim a atos de tortura e outras formas de maus tratos.

Durante sua missão, o Relator Especial visitou o Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e Pará. Reuniu-se com o Presidente da República, o Ministro da Justiça, o Secretário de Estado para Direitos Humanos, a Secretária Nacional de Justiça, o Secretário Geral do Ministério das Relações Exteriores, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Procurador Geral da República, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, bem como alguns membros da Comissão e o Presidente da Subcomissão de Prevenção e Punição da Tortura, além da Procuradora Federal para Direitos do Cidadão e alguns Promotores de Justiça do Núcleo Contra a Tortura do Ministério Público do Distrito Federal e territórios. Também entrevistou-se com Governadores, Secretários de Segurança Pública, Secretários de Justiça (ou de Administração Penitenciária), Chefes das Polícias Cíveis, Ouvidores da Polícia, Comandantes da Polícia Militar, Presidentes dos Tribunais de Justiça, Procuradores-Gerais de Justiça e Corregedores da Polícia Cível. Em todos os estados, o Relator reuniu-se, igualmente, com membros da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa respectiva.

O Relator Especial também parou com pessoas vítimas de tortura e de outras formas de maus tratos, como também com organizações não-governamentais (ONGs).

Os “achados” e as conclusões serviram de balizas às recomendações que foram formuladas pelo Relator Especial Contra a Tortura, Nigel Rodley, conquanto examinou um exemplar de 348 casos em que foram formuladas alegações de práticas de tortura.

Pelas pesquisas de campo, colhe-se que o submundo prisional alberga reclusos quase que exclusivamente originários das classes mais pobres, sem educação e politicamente impotentes, estando estes à margem da sociedade, pra não dizer excluídos. Logo, considerando os altos índices de violência no Brasil, a apatia pública em relação aos abusos contra presos não seria surpresa.

De todo efeito, a meu aviso, é relevante destacar a posição que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos conferiu ao Judiciário como primeira salvaguarda das garantias que oferece o Estado. Daí a crítica quando não se vê tal salvaguarda atuando em conformidade a seu destino institucional.

Não é de hoje que os estabelecimentos prisionais têm sua lotação superior às suas capacidades, o que é visível em todo o país, sendo que os lugares de detenção mais superlotados são os presídios masculinos, seguido dos CERESPs – Centros de Remanejamento e Acautelamento Provisórios, instituído no Estado de Minas Gerais e das delegacias de polícia. Em Minas Gerais, por exemplo, a Secretaria de Estado de Defesa Social assumiu a questão prisional, desativando, assim, o múnus das Polícias Civil, Militar e Federal na custódia de presos.

Por outro lado, aspecto curioso é a apreciação do papel – ou da participação - da vítima como dando causa à atuação dos órgãos de segurança. Dizendo de outro modo, a natureza dos crimes anteriormente praticados – ou suspeitos de terem sido praticados - pelas vítimas de tortura. Ou seja, que terá feito a vítima da tortura para que tivesse incidido sobre ela a reação do órgão da lei e da ordem?

Não há ousadia em dizer que a tortura não é mais utilizada como arma de repressão política, mas “ferramenta essencial” do policiamento diário. O mais grave é que, para algumas autoridades, para a imprensa e para uma gama da sociedade, um policiamento violento, atitudes hostis e truculentas, correm o risco de tornarem-se uma consequência aceitável do fato de sustentar-se um sistema de justiça criminal sob intensas pressões sociais, econômicas e políticas.

Segundo se observa, no começo do século XXI, o uso da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, permaneceu generalizado e sistemático, não como política oficial, mas como método aceito de policiamento e controle dentro das instalações correcionais.

Quanto aos propósitos do uso da tortura, identifica-se que ela é utilizada como meio para extrair confissões, para dominar, humilhar e controlar os detentos, ou, de modo

crecente, para extorquir dinheiro ou servir a interesses corruptos. É cometida por agentes do Estado – quanto com sua conivência; ou é facilitada por sua omissão em agir. Ocorre nos momentos das detenções, nas delegacias de polícia, nas prisões, nos centros de detenção juvenil. É um crime que persistentemente permanece impune, tanto por órgãos disciplinares, quanto nas Cortes de Justiça.

Acontece assim porque a vasta maioria das vítimas é composta de suspeitos que são pobres e sem nível de educação elevado, frequentemente afro-brasileiros ou indígenas, setor da sociedade cujos direitos têm sido consistentemente ignorados no Brasil.

O aumento da disparidade social coincidiu com um rápido crescimento do tráfico de drogas em todo o Brasil. Assim como se tornou uma das rotas principais do tráfico ilegal de drogas da América Latina, os níveis internos de consumo começaram a elevar-se em quatro vezes, quando considerada a década anterior. Os efeitos combinados da privação social generalizada e do crescimento no tráfico como o uso ilícito de drogas causou elevação dramática na incidência de crimes violentos durante as décadas de 80 e 90, especialmente nos centros urbanos.

Como os índices de criminalidade subiram rapidamente, a cobertura da violência urbana pela mídia sensacionalista fez crescer o medo popular. Programas de televisão especializados na cobertura de crimes violentos tornaram-se parte principal da grade de programação em diferentes horários em várias emissoras, ao tempo em que reportagens na mídia impressa também trabalham o medo da população de tornar-se presa de delinquentes. Assim, como resposta a esses temores, as autoridades têm decidido empregar medidas cada vez mais repressivas na tentativa de lidar com os crescentes números de delitos. Isso, por seu turno, pôs mais pressão ainda em todos os níveis do sistema de justiça criminal, o qual é claramente incapaz de conviver com a crescente demanda que lhe é endereçada.

Também a esse relato constata que a tortura ocorre com mais frequência nas delegacias de polícia, como método de investigação, para obter informações ou confissão e nos estabelecimentos prisionais, como modo de punir e castigar.

## **2.2 BREVES INCURSÕES CRIMINOLÓGICAS SOBRE A TORTURA**

Os dados identificados tanto pelo Relatório de Nigel Rodley, quanto pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, apontam para a conclusão de que a tortura é um crime de oportunidade. Isso significa dizer que as oportunidades desempenham papel relevante para que a tortura ocorra.

Oportunidade diz respeito ao que é oportuno, ao que dá ensejo a algo, ou que faz surgir uma ocasião. É vista como uma situação ou circunstância adequada ou favorável a determinado propósito. Mas, no contexto da criminologia ambiental, dois aspectos são salientados: a atratividade do alvo (da vítima ou da coisa cobiçada), e sua acessibilidade. Dizer que um objeto é atrativo inclui tanto o seu valor (monetário ou simbólico), quanto o ser de fácil remoção (portabilidade). Afirmá-lo acessível significa que se pode ver, a ele ter acesso fácil, e, mais relevante, que está sem vigilância, fiscalização ou supervisão<sup>32</sup>.

Pode-se dizer que a tortura ocorre em circunstâncias de tempo e lugar bastante específicos, sendo fusão da convergência de potenciais transgressores e alvos apropriados na ausência de guardiães capazes.

Os alvos apropriados das torturas são pessoas suspeitas de práticas de delitos, que foram consideradas (pelos agressores) como detentoras de informações relevantes sobre práticas delituosas ou pessoas presas, merecedoras de castigo, para que aprendessem a respeitar a autoridade dos responsáveis por suas prisões, sendo considerados objeto atrativos.

Também, as pessoas suspeitas e as pessoas presas carregam a características de serem “de fácil remoção” ou detentoras de “portabilidade”. Estarem sujeitos à força, poder ou autoridade de agentes públicos – policiais civis ou militares, e agentes penitenciários – torna-os submissos às vontades prevalecentes desses agentes do Estado. Podem, sem dificuldade, ser transportados de um lugar para outro (seja o lugar de captura, para o de interrogatório, para o de detenção provisória, para uma cela de castigo ou isolado, etc.), sem qualquer possibilidade de resistência ou oposição eficaz.

Afirmá-los “acessíveis” significa que os agentes do Estado podem ter acesso fácil, e, mais relevante, que estão sem vigilância, fiscalização ou supervisão externos.

A tortura, portanto, é crime de oportunidade!

---

<sup>32</sup> Em interessante decisão, o TJRS entendeu residir nisto as qualificadoras para agravamento da pena, em casos de furto. Vale à pena conferir a decisão, que identificou maior vulnerabilidade da vítima, por ter bem desviado, e, portanto, mais sujeito à apreensão por terceiros. “No caso do furto, presentes as qualificadoras, cuidou o legislador de proteger, com punição mais severa, o ataque ao patrimônio desviado da vítima, que, em razão delas, mais vulnerável se torna, e mais fácil torna sua apreensão, pelo criminoso. Por isso que em razão delas o aumento de pena há de ser maior. (TJRS – ACr 70004045993 – São José do Ouro – 6ª C.Crim. – Rel. Des. Newton Brasil de Leão – J. 19.12.2002)

Volvendo-se à Comissão de Direitos Humanos da ONU<sup>33</sup>, reunida em sua quinquagésima oitava sessão, o Relator Especial Contra a Tortura, Nigel Rodley, fez importantes considerações a partir de sua larga e intensa experiência vivida no combate à tortura. Reiterou o que declarara perante o Terceiro Comitê da Assembleia Geral, em 8 de Novembro de 2000, tecendo que o fator mais importante na proliferação e continuação da tortura era a persistência da impunidade, seja ela de direito ou de fato, enfatizando o dever dos Estados de trazerem à justiça os perpetradores de tortura como parte integrante do direito das vítimas à reparação, e ressaltou que “um dos principais fatores que constitui a condição da impunidade de fato é a prevalência da oportunidade para cometer o crime de tortura”.<sup>34</sup>

Para Nigel Rodley, “o paradigma básico, admitido por pelo menos um século, é que prisões, delegacias de polícia e coisas do gênero são lugares fechados e secretos, com atividades internas escondidas das vistas do público”. Em seguida, completou: “o que se impõe é a substituição do paradigma da opacidade pelo da transparência”.<sup>35</sup>

A conclusão de que a tortura é um crime de oportunidade é de absoluta relevância, especialmente para apreender seus sinais – potencial agressor, na presença de alvo apropriado, ausente guardião capaz – quando do julgamento de casos concretos, e para desenhar políticas públicas, objetivando sua prevenção, repressão, punição e reparação.

É igualmente relevante concluir-se que houve social e politicamente a construção da assim chamada “classe dos torturáveis”. A tortura revelou-se ser seletiva. Sempre pareceu saber escolher suas vítimas. Nem todos podiam ser torturados. Em Roma, inicialmente, só escravos poderiam ser submetidos à tortura, ou por suspeita de práticas de delitos, ou por suspeita de serem testemunhas de delitos.

Essa seletividade, ou a construção dos “torturáveis”, está presente em todos os documentos legais, do período medieval e da Idade Moderna, como as Ordenações

---

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Quinquagésima oitava sessão. Item 11(a) da agenda provisória. Direitos Cívicos e Políticos, incluindo as questões de Tortura e Detenção. Relatório do Relator Especial, Sir Nigel Rodley, submetida de acordo com a Resolução 2001/62 da Comissão de Direitos Humanos. E/CN.4/2002/76.

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Relatório sobre a tortura no Brasil. Disponível em: <<http://www.rndh.gov.br/>>.

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Quinquagésima oitava sessão. Item 11(a) da agenda provisória. Direitos Cívicos e Políticos, incluindo as questões de Tortura e Detenção. Relatório do Relator Especial, Sir Nigel Rodley, submetida de acordo com a Resolução 2001/62 da Comissão de Direitos Humanos. E/CN.4/2002/76.

Filipinas, que nos tocam mais de perto desse figurino, já que cavaleiros e nobres não poderiam ser atormentados por sua “essência nobre”. A mulher, por outro lado, apenas para não fazer mal à criatura de seu ventre, “que não merece mal”.

Luciano Oliveira<sup>36</sup>, observando quem é a vítima preferencial das polícias – “o pequeno marginal das favelas e periferias”, “pobres, trabalhadores desqualificados, de preferência pretos e pardos etc.”, sintetiza quem integra a classe dos torturáveis, resgatando fala do “Capitão Segura”, personagem de Graham Greene: “Os pobres de meu próprio país... e de qualquer país latino-americano”.

A abolição da escravidão eliminou apenas um dos fatores de seleção dos torturáveis. Os demais, que acompanharam os negros libertos daquele cativo, aprisionaram suas gerações futuras, agrupando cor, classe, e cultura para serem estigmatizadas, marginalizadas, desrespeitadas, desumanizadas.

Finalmente, revisitando a história do direito penal e do processo penal no Brasil, bem assim relendo as circunstâncias e motivos invocados para o uso da tortura – quer como meio para obtenção de prova, quer como forma de castigo, ou outro – foi possível observar que: a) a tortura sempre foi instrumental, estando presente nas relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado; b) a tortura era praticada por se fazerem presentes oportunidades favoráveis, e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores; c) a ambiência e as situações em que agressor e vítima se encontravam eram propensas às fricções e atritos; d) relações pessoais existentes entre agressor e vítima eram propensas às fricções e atritos; e) as vítimas da tortura – os “torturáveis” - nunca foram consideradas iguais aos seus carrascos, mas inferiores, menores que humanos, e merecedores do sofrimento ou castigo; f) as vítimas eram tornadas invisíveis no processo de aplicação dos tormentos: ou os processos eram secretos até para a vítima; ou as vítimas eram mantidas em segredo; ou as vítimas não tinham acesso a recursos jurídicos; ou todos os fatores em conjunto; g) as vítimas eram destituídas de poder, sendo presas fáceis nas mãos de seus algozes; h) a “racionalidade” da aplicação da tortura incluía processo de desumanização da vítima e colocava-a como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da ordem da sociedade que os algozes representavam, sendo legítimo livrar-se da ameaça que representavam; ou eram vistas como portando algo de valor para o agressor (informação, confissão etc.); i) o medo da ameaça das vítimas e a retaliação pseudo-justiceira agiam como motores para a

---

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Luciano. Do Nunca mais ao eterno retorno. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 11/12. N.A. O professor Luciano Oliveira ainda esclarece que o personagem integra o romance Nosso homem em Havana, “passado em Cuba no tempo de Fulgêncio Batista”.



aplicação dos suplícios; j) o racismo e a ideologia que informam/permeiam o sistema político e normativo influenciará o modo como os órgãos de justiça e segurança atuam para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura.

### 2.3 A CRIMINALIZAÇÃO DA TORTURA

Quando da proclamação da Independência, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, decretou, em seu artigo 179, incisos 19 e 21, ficarem abolidos os “açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

O Código Criminal do Império, de 1830, posterior a esse diploma fundador, dispunha em sentido distinto, ao prever, no seu artigo 60, que

[...] se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta.

A Constituição Imperial, que se aplicava aos cidadãos do império, não protegia os escravos, nem os índios, porque não eram considerados gente, não eram tidos como inteiramente humanos. Eram coisa. Mercadoria. Propriedade.

No final do século XIX, com a Constituição Republicana de 1891, são abolidas as penas de galés, banimento e de morte, e novo Código Penal, incorporando valores e avanços da época, substitui as antigas penas corporais por perda da liberdade em prisões, estas sendo lugares não apenas para punição, mas também para “cura” e “reabilitação”, nos quais os condenados aprenderiam a “readaptar-se à sociedade civil”.<sup>37</sup>

A Constituição de 1934 proibiu penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo (artigo 113, 29); a de 1937, do Estado Novo, reintroduziu a pena de morte para crimes contra o Estado, e também para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade, além de vedar “penas corpóreas perpétuas” (artigo 122, 13). As Constituições de 1946 (artigo 141, § 31) e 1967 (artigo 150, § 11) trazem redação assemelhada à de 1934.

---

<sup>37</sup> CASSESE, Antonio. *Inhuman States*. Cambridge (USA): Polity, 1996. p. 129.

Finalmente, e como resposta específica ao regime militar instituído a partir de 1964 até 1985, a Constituição de 1988 é a que reintroduz a proibição expressa à tortura, nos seguintes termos: Artigo 5º. [...] III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

O conceito de tortura já era incorporado ao ordenamento penal pátrio, como prática violenta que abusava dos meios de produção da dor. Nesse sentido, tortura correspondia à imposição de tormentos, suplícios, intenso sofrimento, por crueldade ou instinto bestial de quem os aplicava.

O dispositivo do Código Penal traz a seguinte redação:

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

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum [...].

A doutrina cuidou de consolidar a compreensão da tortura como meio cruel de execução de um delito, e, assim, como circunstância de agravamento da pena. Para Damásio de Jesus, "A tortura é meio cruel. Pode ser física ou moral".<sup>38</sup> "Meio cruel é o que aumenta o sofrimento do ofendido, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade".<sup>39</sup>

Cezar Roberto Bitencourt faz coro com essa interpretação.

[...] relacionam-se aqui, exemplificativamente, os meios de cometimento do crime, que se caracterizam pela insidiosidade ou crueldade. Meio insidioso (veneno) é aquele capaz de iludir a atenção da vítima. Meio cruel (fogo, explosivo, tortura) é aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, 'ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar

<sup>38</sup> JESUS, Damásio E. Direito Penal. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v. p. 68

<sup>39</sup> JESUS, Damásio E. Direito Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v. p. 562.

sentimento de piedade' (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n.38).<sup>40</sup>

Na mesma linha segue Júlio Fabbrini Mirabete, para quem "a tortura é um meio que inflige à vítima um mal ou sofrimento maior, desnecessário no mais das vezes para a prática do crime, denotando sadismo, insensibilidade e crueldade do agente".<sup>41</sup>

Segundo esses vários autores – que expressam, em geral, a compreensão jurídica atual sobre o conceito de tortura – esta prática se caracteriza por um aumento do sofrimento do ofendido, revelando brutalidade fora do comum, ou contrastando com o mais elementar sentimento de piedade, porque causa, desnecessariamente, maior sofrimento, denotando sadismo, insensibilidade e crueldade do agente. Na concepção construída a partir daí, o torturador é brutal, impiedoso, sádico, insensível e cruel.

Essa imagem, construída a partir da definição da tortura como meio de execução de outro crime, tornará difícil a compreensão de que o perpetrador do delito não é, necessariamente, nem brutal, nem sádico, nem impiedoso, nem insensível, nem cruel. Antes, os estudos revelam que a tortura, como prática disseminada e sistemática, é absolutamente racional e funcional. Por isso, é muitas vezes difícil ao Judiciário reconhecer que determinado agente da lei, por vezes tão eficiente no cumprimento do seu dever e tão eficaz na elucidação de crimes, possa ser um sádico impiedoso, a ponto de ser acusado da prática de tortura.

Júlio Fabbrini Mirabete não consegue fugir do modelo de tortura como conduta a ser realizada por um sádico, quando resolve comentar o delito de tortura:

[...] não se configura o crime em apreço quando o agente causa, por violência ou grave ameaça, sofrimento físico ou mental se inexistentes as circunstâncias elementares dos tipos previstos na lei especial. Figure-se a hipótese da tortura infligida apenas por sadismo ou vingança. Nessas hipóteses, continua o fato a constituir, eventualmente, um delito menor, como constrangimento ilegal, lesão corporal leve etc., com penas reduzidíssimas, face à gravidade do fato. Nessa hipótese, como sempre tem ocorrido, somente será

<sup>40</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220.

<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 425.

possível um mero aumento de pena pela ocorrência da agravante genérica do art. 61, II, d, do CP.<sup>42</sup>

Entrementes, a experiência cotidiana aponta em outra direção. Élio Gaspari anota sentido inverso: “O que torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona. O preso não quer falar, apanha e fala. É sobre esta simples constatação que se edifica a complexa justificativa da tortura pela funcionalidade”.<sup>43</sup>

Saindo da generalidade de considerar a tortura como modo de execução de um crime, e, portanto, circunstância agravante, a primeira experiência nacional constituindo tortura um delito autônomo surgiu em 1990, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em outubro de 1988, promulgada a nova Constituição, houve especial atenção à condição da criança e do adolescente. O art. 227 impunha como dever

[...] da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Ainda, o § 4º desse dispositivo determinava à futura legislação punir “severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Em novembro de 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Sobre os Direitos da Criança.<sup>44</sup> Segundo o art. 37 desse tratado internacional:

Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

<sup>42</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Tortura: notas sobre a Lei 9.455/97. Revista Jurídica RJ nº 248, jun. 1998. p. 30.

<sup>43</sup> GASPARI, Elio. A Ditadura Escancarada. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p. 37.

<sup>44</sup> Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28/09. Promulgada pelo Dec. nº 99.710/90.

[...]

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

Na esteira desses diplomas fundamentais, foi promulgada a Lei 8.069, em julho de 1990, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Desse diploma legal, dois dispositivos se revelam de maior interesse, para reflexões (arts. 232 e 233).

O art. 232 criminalizou a conduta de “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento”.

Por sua vez, o art. 233 criminalizou a tortura, quando praticada contra criança ou adolescente sob guarda, autoridade ou vigilância:

Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º. Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º. Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º. Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos.

Por esse dispositivo legal, a tortura passou a se constituir tipo penal distinto e diferenciado de lesão corporal, e homicídio, desde que estas últimas poderiam ser resultadas da prática da tortura, cujo efeito seria o de alterar o gravame da punição.

### **3. A TORTURA NA LEI 9.455/97**

A Lei 9.455/97 traz a descrição de três condutas que constituem tortura, e uma quarta situação, que é a expressa punição pela omissão em evitar ou apurar sua prática.

O art. 1º, inciso I, prevê a modalidade de tortura mediante constrangimento:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

O art. 1º, inciso II, menciona a modalidade de tortura mediante subjugação:

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

No § 1º, do art. 1º, a Lei tipifica a situação de tortura mediante subjugação de preso, ou de quem esteja sujeito à medida de segurança:

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Sem querer antecipar toda a apreciação dessas condutas, com suas especificidades, é relevante realçar, desde logo, que a hipótese prevista no § 1º, do art. 1º, da Lei, não contém o especial fim de agir, nem o intenso sofrimento. Aqui, o legislador retirou, portanto, os elementos que distinguem tortura de tratamento desumano, degradante ou cruel. Houve equiparação nas penas. O pressuposto parece ser que alguém preso, ou submetido a medida de segurança, seja particularmente vulnerável. Essa vulnerabilidade presumida faz aumentar o dever de proteção dos agentes do Estado. O desrespeito ao dever de proteção produz o agravamento da punição da conduta de submissão ou sujeição a sofrimento físico ou mental por prática ilegal.

Finalmente, no § 2º, do art. 1º, houve a criminalização expressa da omissão de evitar ou apurar o cometimento da tortura, porquanto “aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”.

No direito brasileiro, portanto, várias condutas podem configurar o delito de tortura: é uso de violência ou grave ameaça, que provoque intenso sofrimento físico ou mental,



tendo por motivo obter informação, declaração ou confissão; ou para provocar ação de natureza criminosa ou omissão de natureza criminosa; ou em razão de discriminação racial ou religiosa; ou, como forma de aplicar castigo ou como forma preventiva (ou de intimidação). Estas duas últimas aplicadas sobre pessoas sob guarda, poder ou autoridade de quem pratica a violência ou ameaça.

Ainda, constitui tortura submeter pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Como visto, antes da Lei 9.455/97, a tortura era crime apenas quando praticada contra crianças e adolescentes, em razão de lei especial disciplinando a matéria.

Das várias condutas que podem tipificar o delito de tortura, apenas as referidas no §1º, do art. 1º, são exclusivas de agente público. A lei brasileira, contrariamente às convenções internacionais, optou por criminalizar a tortura como tal, deixando de lado a tendência consolidada nas Nações Unidas, e, mesmo no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de relacioná-la especificamente a agentes do Estado.

Para análise jurídica do delito de tortura, é importante identificar e examinar o conteúdo, sentido e alcance dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando todo acima exposto, verifica-se que foi possível perceber que o sistema acusatório corre riscos frequentes de ser comprometido pelos trabalhos desenvolvidos, ou que deixaram de ser desenvolvidos, no inquérito.

Isso se torna mais perceptível quando se percebe que o modelo de investigação, adotado no Brasil, permite se criar o ambiente e as oportunidades para a tortura, além de impedir sua investigação. Isto foi evidenciado pela circunstância de, como regra, as provas serem colhidas inquisitorialmente, sem contraditório. Há fortes traços de continuidade autoritária, herdada da colônia e do império, quando escravos não tinham poder de queixa ou testemunho contra seus senhores. É herança agravada, pois até mesmo no período da Inquisição, prova oral não confirmada em juízo não tinha serventia, enquanto que no Brasil, hoje, a não confirmação da confissão ou informação em juízo exige de quem se retrata demonstrar falsidade do contido no inquérito, ou provar coação anterior, em um contexto em que advogados estão ordinariamente ausentes do interrogatório policial.

Nada obstante a força e a autoridade da polícia, e o seu poder, na fase inquisitorial, o Judiciário construiu o mito do caráter “meramente” informativo do inquérito. Este mito serviu para desprestigiar os argumentos dos abusos, praticados pela polícia, na fase inquisitorial, que, também, na opinião predominante do Judiciário, não maculariam a fase seguinte, acusatória. Entretanto, a quase absoluta ausência de mecanismos eficazes de controle da atividade policial e dos riscos de abuso confirmam, na prática, que o inquérito policial é a peça informativa básica, suporte para acusação e condenação na quase totalidade dos casos submetidos ao Judiciário.

Avulta-se que a ausência de salvaguardas efetivas aumenta o risco da incidência da tortura, porque permite a manutenção de ambiente propício à mesma.

Os atos de espancamentos nas diversas unidades prisionais do nosso país são camuflados pela confecção de Autos de Resistência lavrados pelos agentes penitenciários, como forma de justificar as lesões constatadas nos internos. Os presos feridos são, muitas vezes, encaminhados para o COC – Centro de Observação Criminológico, local, de início, reservado para observação dos custodiados que ingressam na Unidade Prisional. Contudo, na verdade, o COC vem sendo destinado como local de castigo e de manutenção de presos machucados, até que desapareçam vestígios de suas escoriações, posto que no COC há a mitigação de alguns direitos dos internos, como o de receber visitas e banho de sol.

Se não bastasse toda essa dissimulação, há ainda dificuldade de identificação dos agressores, pois há a troca de tarjetas de identificação dos nomes dos agentes penitenciários nos uniformes. Além disso, não há garantia da idoneidade da documentação enviada pela unidade prisional quando requisitada, posto que passível de adulteração.

Por sua vez, o quadro deficitário de profissionais da saúde e técnicos jurídicos, de fundamental resgate e inserção dos custodiados no meio social, agravam ainda mais a situação dos internados.

Por outro lado, também, restou demonstrado que ausência de compreensão adequada das condutas previstas nas várias hipóteses da Lei 9.455/97 produz desclassificação e conduz à impunidade. E eventuais dificuldades conceituais e de obtenção de prova servem como escusas para tal impunidade.

Entretanto, ficou caracterizado que, de longe, o fato mais relevante para explicar a generalizada impunidade, de que gozam os perpetradores da tortura, é atribuir-se ao torturado o ônus de provar a tortura, em contexto de ausência de reconhecimento de ter

a vítima direito a uma investigação daquela alegada violação a seu direito. Ser ônus da vítima e não haver investigação resulta em impunidade.

Com efeito, a prática da tortura se revelou racional e eficaz. Pode até significar “disfuncionalidade”, se considerado o funcionamento ideal das polícias. Mas estas terminam sendo movidas por utilitarismo. Esse viés utilitarista e essa racionalidade “disfuncional” estão presentes na prática policial como estiveram na racionalidade normativa das Ordenações Filipinas, e no Código Criminal do Império, como modo legal de punição. Na ditadura, foi método negado em público e ensinado nos porões.

A tortura é um crime de oportunidade, instrumental, estando presentes relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado. É praticada quando um propenso ou potencial agente identifica a presença de oportunidades favoráveis e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores, em ambiência e situações, em que agressor e vítima se encontravam sendo propensas a fricções e atritos.

É a ausência de mecanismos de fortalecimento da vítima (para torná-la menos vulnerável) e de mecanismos de vigilância e monitoramento das situações propícias à prática da tortura, ou seja, a não efetivação de salvaguardas administrativas e processuais, é que permite a tortura ou assegura sua impunidade. E o exame do modo como as normas penais substantivas e adjetivas vêm sendo implementadas revela que o Judiciário, o Ministério Público e os advogados ainda não se deram inteiramente conta do seu imenso papel no combate à tortura.

A vítima da tortura policial raramente está em posição de levar a juízo provas dos atos dos seus algozes, se não houver instituição independente que faça levar adiante investigação séria, imparcial e independente.

O Poder Judiciário satisfaz-se em desacreditar as alegações das vítimas, por serem “suspeitos” de delitos. Agrava o quadro, construindo interpretação do tipo penal tortura, ainda, sob influência da figura de meio agravante da pena, equiparado a meio insidioso ou cruel, compreensão que produziu, na jurisprudência, o entendimento de só caracterizar tortura à conduta violenta desencadeada por “sadismo imotivado”, desconsiderando a racionalidade disfuncional da tortura policial.

Nessa toada, verifica-se que para a melhoria das condições de vida dos encarcerados é necessário que o Estado implemente medidas que lhes proporcionem condições básicas de acomodação, saúde, educação, trabalho e ressocialização, e,

sobretudo, garanta assistência psicossocial e jurídica a todos, sendo imprescindível a reestruturação das unidades prisionais para a garantia de todos os seus direitos.

Aliais, esse é o ideal proclamado também pelo quadro de servidores enfatizam a necessidade emergencial de reestruturação física dos pavilhões, adequação da população carcerária e a distribuição correlata de contingente humano ao número de abrigados, a fim de sanar as falhas que comprometem a saúde dos presos, agentes e visitantes.

Não estamos condenados a repetir erros do passado. Há novas avenidas que se abrem. Cabe-nos decidir o caminho a seguir. Podemos insistir em continuidades autoritárias. Ou descontinua-las, reconstruindo o tecido social, com o entrelaçamento do respeito do fio de vida e dignidade que há em cada pessoa humana. É possível combater a tortura. É necessário combater a tortura. Não é preciso nenhum esforço sobre humano. Antes, basta simplesmente ver no outro a mesma condição humana que há em cada um de nós.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**: um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a Pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. **Atos institucionais**. Diário Oficial de 9 de abril de 1964, pág. 3.193. Rep. no *DO* de 11 de abril de 1964, pág. 3.257. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

BRASIL. **Comentários do Governo brasileiro ao informe do Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sr. Nigel Rodley**. Disponível em: <<http://www.rndh.gov.br/tortura/coment%C3%A1rios.htm>>.

BRASIL. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. **VI Conferência nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/textos/VI%20Conf.htm>>.

BRASIL. Ministério de Justiça. **Sistema Penitenciário:** diagnóstico e propostas. Disponível: <[http://www.mj.gov.br/Depen/pdf/diagnostico\\_depen.pdf](http://www.mj.gov.br/Depen/pdf/diagnostico_depen.pdf)>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSESE, Antonio. **Inhuman States.** Cambridge (USA): Polity, 1996.

CAVALCANTI, Ismar Lima; MADDALENA, Maria Luiza (Org.). **Dor.** Rio de Janeiro: Sociedade de Anestesiologia do Rio de Janeiro, 2003.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto Penal da Tortura.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMITÊ CONTRA A TORTURA. **Conclusões e Recomendações adotadas pelo Comitê Contra a Tortura.** Disponível em: <[www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>>.

COUTO, Jorge. **A Construção do Brasil.** Lisboa: Cosmos, 1998.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros: 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. **Criminologia.** Coimbra: Coimbra, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico:** Século XXI. Coordenação e edição: Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Versão 3.0. Microsoft Corporation, Lexikon Informática, Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

FON, Antônio Carlos. **Tortura:** a história da repressão política no Brasil. São Paulo: Global, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso. **Tortura:** aspectos médico legais. Disponível em: <[www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br)>.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada.** São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** Curitiba: Juruá, 2002.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v

LIMA, Mauro Faria. **Crimes de tortura:** comentários à Lei 9.455 de 07 de abril de 1997. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1996. 3 v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Tortura: notas sobre a Lei 9.455/97. **RJ**, nº 248, jun. 1998.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Luciano. **Do Nunca mais ao eterno retorno.** São Paulo: Brasiliense, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.onubrasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onubrasil.org.br/documentos_carta.php)>.



PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Barueri (SP): Manole, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 10. ed. Rio: Forense, 1987.

SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada:** comentários à Lei nº 9.455/97 de 07 de abril de 1997. Leme (SP): Editora de Direito, 1997.

SZNICK, Valdir. **Tortura.** São Paulo: LEUD, 1998.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

## **A AMPLIAÇÃO DO PARQUE URBANO DONA CLARA PARA ÁREAS ADJACENTES AO AEROPORTO DA PAMPULHA: um esboço conceitual para futuro Parque Linear do Ribeirão Pampulha, Belo Horizonte, MG**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Geógrafo e Historiógrafo, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Cultural (Filosofia da Arte e Educação, Metodologia de Ensino de História, Museografia e Patrimônio Cultural, Políticas Públicas Municipais). Biólogo e Gestor Ambiental, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Natural (Administração escolar, Orientação e Supervisão, Ecologia e Monitoramento Ambiental, Gestão e Educação Ambiental)

**FLÁVIO MOREIRA DA SILVA:** Licenciado em Geografia pela Faculdade Dom Pedro II (Belo Horizonte).

**RESUMO:** O Aeroporto doméstico de Belo Horizonte, oficialmente denominado Carlos Drummond de Andrade, mais popularmente conhecido como Aeroporto da Pampulha, é um dos mais clássicos aeroportos do Brasil. Fica situado na Pampulha, zona norte da metrópole, circunscrito a 8,3 km do centro de Belo Horizonte. Com o aumento da Região Metropolitana de Belo Horizonte, o Pampulha se transformou em um aeroporto centralizado, encravado no contexto urbano da cidade, sendo por um longo período, o aeroporto mais agitado do estado de Minas Gerais, até a mudança dos voos nacionais para Confins, em 2005. Hoje, é o terceiro aeroporto mais mobilizado do estado em número de passageiros, estando atrás de Confins e Uberlândia. Inaugurado no início de 1933, o Aeroporto da "Pampulha" e instalado em uma área de quase dois milhões de m<sup>2</sup> e surge como infraestrutura estratégica para fins comerciais e militares, especialmente entre a cidade de Belo Horizonte, com várias linhas para o interior do estado. Apesar de ter um comprimento de pista 2.540 m, possui uma capacidade de passageiros/ano de 2,2 milhões. Para o atendimento a necessidade dos passageiros existe uma área locável, com: alimentação, serviços e varejo. A presente pesquisa discute a viabilidade da ampliação do Parque Urbano Dona Clara para áreas adjacentes ao Ribeirão Pampulha, discutido através de uma revisão bibliográfica um esboço conceitual para um futuro Parque Linear do Aeroporto da Pampulha, alinhando um espaço de sustentabilidade entre a ecologia e a aviação tendo Belo Horizonte, MG, como referência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aviação, Ecologia, Parque linear, Recursos hídricos, Urbanização.

### **INTRODUÇÃO**

O complexo aeroportuário da Pampulha aloja-se em uma extensão de quase dois milhões de metros quadrados, computando uma pista para 25 operações de pouso/decolagens por hora, e um terminal de passageiros para acolher a 400 passageiros por hora. Desde 2009, o aeroporto está provido de sistemas de pouso por instrumentos LOC e DME, que permitem operações em condições adversas, com o mesmo grau de segurança operacional, abrandando a quantidade de fechamentos por conta do clima desfavorável. Presentemente, o Aeroporto possui alguns voos regulares para cidades do interior do estado de Minas Gerais e estados vizinhos. Contudo, o maior elemento das operações é a aviação geral, onde inclui-se a executiva, com mais de 70% de todo o movimento de aeronaves. O aeroporto também se destaca como grande centro de manutenção de aeronaves comerciais de pequeno porte, aeronaves executivas, e helicópteros. Nele fica a Base Aérea de Belo Horizonte, juntamente com o Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica (CIAAR), sendo este o centro fundamental de desenvolvimento de oficiais da Força Aérea Brasileira, respondendo por 76% do quadro de pessoal de nível superior lotado na instituição.

Nos últimos anos, sua possível reabertura para mais voos nacionais gera especulação e polêmica na população vizinha ao aeroporto da Pampulha. De um lado, companhias aéreas, entidades empresariais e executivos defendem a liberação de mais voos, argumentando ganho de tempo nas viagens a negócio. De outro lado, as comunidades do entorno são contrárias, sobretudo por conta do barulho das aeronaves. Outros acham que tal medida anula o desenvolvimento do Aeroporto Internacional de Confins. Essa questão já foi tema de diversas audiências nas diferentes esferas: executivos estadual e municipal, bem como no legislativo estadual e municipal. A área do aeroporto é banhada pelas águas poluídas do Ribeirão Pampulha, sem nenhum tratamento paisagístico, que pode se consolidar futuramente enquanto equipamento cultural e parque linear para as comunidades próximas.

## **BACIA HIDROGRÁFICA DOS RIBEIRÕES SARANDI/PAMPULHA**

O aeroporto elencado no presente estudo insere-se na Bacia da Pampulha formada por extensa rede de drenagem de um único ribeirão que recebe diferentes nomes de acordo com as regiões em que passa: Cabral/Sarandi, Pampulha e Onça. As principais nascentes que formam a Bacia Hidrográfica da Pampulha encontram-se situadas dentro do Parque Engenheiro Waldyr Soeiro Emrich (Parque Urbano da Mata da Bitácula/Parque Natural Nascentes do Sarandi), uma área de preservação permanente, protegida por lei municipal Em Contagem.

Norma: Lei Complementar 248 de 11/01/2018

Origem: Executivo - Situação: Alterada - Diário Oficial Nº 4281

Ementa: Institui o Plano Diretor do Município de Contagem e dá outras providências.

Alterada pela Lei Complementar 266/2018

Ver Decreto nº 605/2018.

Ver Decreto nº 606/2018.

Ver anexos da Lei Complementar 295/2020

Revogado pela Lei complementar 295/2020

LEI COMPLEMENTAR Nº 248, DE 11 DE JANEIRO DE 2018

Institui o Plano Diretor do Município de Contagem e dá outras providências.

A CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM APROVA e eu sanciono a seguinte Lei Complementar.

**TÍTULO I - DA CONCEITUAÇÃO, DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E DOS OBJETIVOS**

Art. 1º O Plano Diretor de Contagem é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana do Município e de orientação da atuação da administração pública e da iniciativa privada em seu território.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei Complementar, ficam adotados os conceitos constantes no glossário apresentado no Anexo 14.

Art. 2º O Plano Diretor tem como princípios básicos o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade e o pleno exercício da cidadania.

Art. 3º São funções sociais da cidade:

I - a universalização do acesso ao trabalho, à moradia, ao lazer, ao transporte público, às infraestruturas, equipamentos e serviços urbanos;

II - a oferta de um meio ambiente ecologicamente equilibrado;

III - a oferta de espaços públicos que propiciem o convívio social, a formação e a difusão das expressões artístico-culturais e o exercício da cidadania.

Art. 4º Para cumprir sua função social, a propriedade deve atender aos seguintes requisitos, simultaneamente e segundo critérios e exigências estabelecidos na legislação urbanística e ambiental:

I - aproveitamento socialmente justo do solo;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, bem como proteção e melhoria do meio ambiente natural e constituído;

III - aproveitamento e utilização compatíveis com o conforto, higiene e segurança de seus usuários e das propriedades vizinhas;

IV - aqueles previstos neste Plano Diretor, bem como na legislação urbanística e demais normas pertinentes.

Parágrafo único. Na bacia de Vargem das Flores, a função primordial da propriedade é a manutenção e conservação da rede hidrográfica para proteção dos recursos hídricos e perenização do reservatório.

Art. 5º São objetivos do Plano Diretor:

I - criar condições para a dinamização econômica e a ampliação das funções urbanas do Município, buscando a geração de trabalho e renda e o reforço de sua identidade;

II - compatibilizar a expansão urbana com a proteção dos recursos hídricos, em especial os mananciais de Vargem das Flores e da Pampulha;

III - controlar a ocupação do solo para adequar o adensamento da cidade às condições do meio físico e à infraestrutura urbana, proteger as áreas e edificações de interesse ambiental, histórico e cultural, impedir e corrigir situações de risco e promover maior conforto e qualidade do espaço urbano;

IV - estimular a multiplicidade e a diversificação de usos, visando a facilitar a instalação de atividades econômicas e serviços, a fim de constituir-se um espaço urbano mais rico em possibilidades de apropriação e contribuir para a redução das necessidades de deslocamentos diários da população;

V - promover a rearticulação física do espaço municipal pela complementação e requalificação da rede de centros urbanos e do sistema viário e de transporte;

VI - ampliar os espaços públicos destinados ao lazer, ao convívio e às diversas formas de manifestação da população;

VII - possibilitar o acesso das populações de baixa renda à moradia digna;

VIII - promover a apropriação coletiva dos benefícios gerados pelos investimentos públicos e pela legislação urbanística;

IX - incentivar a participação da população na gestão da cidade;

X - contribuir para o equacionamento de questões de interesse comum com os municípios vizinhos, em articulação com o planejamento metropolitano.

Parágrafo único. Para contribuir na promoção do desenvolvimento econômico, são objetivos específicos do Plano Diretor induzir a ocupação dos distritos industriais e ampliar as possibilidades de instalação das atividades industriais, bem como criar condições atraentes para a instalação de atividades terciárias no Município.

(...)

## CAPÍTULO II - DAS ÁREAS ESPECIAIS

### Seção I - Disposições gerais

Art. 14 Em complementação ao macrozoneamento municipal ficam estabelecidas as seguintes Áreas Especiais, cujos parâmetros urbanísticos diferenciados preponderam sobre os do macrozoneamento: I - Área de Especial Interesse Urbanístico (AIURB); II - Áreas de Especial Interesse Social (AIS); III - Áreas de Proteção de



Mananciais (APM); IV - Áreas de Especial Interesse Ambiental (AIA); V - Área de Relevante Interesse Comunitário (ARIC). VI - Áreas de Desenvolvimento Econômico Sustentável (ADES).

§1º Os parâmetros urbanísticos não especificados para as Áreas Especiais, nesta Lei Complementar ou em legislação específica, serão aqueles aplicáveis ao macrozoneamento em que a área se insira.

§2º Em caso de superposição de áreas especiais em um mesmo terreno, prevalecerão os parâmetros urbanísticos mais restritivos, com exceção do disposto no §3º deste artigo.

§3º Os parâmetros urbanísticos definidos para AIS e ADES bem como as condições especiais estabelecidas no art. 26 prevalecerão na porção do terreno classificada como tal, caso haja superposição com outra área especial.

## Seção II - Das Áreas de especial Interesse Urbanístico (AIURB)

Art. 15 Áreas de Especial Interesse Urbanístico (AIURB) são áreas destinadas a intervenções de interesse especial para a estruturação urbana do Município, compreendendo as seguintes categorias:

I - AIURB-1: áreas em que estejam implantadas ou que sejam destinadas à implantação prioritária de infraestrutura de transporte e trânsito, áreas de lazer, parques, reservas ecológicas e outros espaços e equipamentos públicos;

II - AIURB-2: áreas dotadas de condições privilegiadas de infraestrutura viária e acessibilidade e que, para melhoria da estrutura urbana, ficam sujeitas a parâmetros especiais de ocupação do solo, visando à sua renovação mediante mudança de uso e substituição das edificações;

III - AIURB-3: espaços e edificações considerados de valor histórico-cultural, paisagístico e ambiental, relevantes para a memória e a identidade do Município, nos quais o processo de ocupação e o uso do solo devem ser controlados em função de sua proteção;

IV - AIURB-4: áreas urbanizadas, ocupadas ou não, destinadas a usos diversificados, com predominância do uso residencial, sujeitas a controle de altimetria e a parâmetros urbanísticos mais restritivos

que os do respectivo zoneamento, com impedimento à implantação de conjuntos residenciais verticais e restrições especiais de uso.

Parágrafo único. As AIURB delimitadas nesta Lei Complementar poderão ser revisadas, atualizadas e complementadas por leis específicas de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, desde que baseadas em estudos técnicos e elaboradas com a participação popular.

Art. 16 Ficam classificadas como AIURB-1 as áreas representadas no Anexo 3 desta Lei Complementar, conforme as seguintes destinações:

I - áreas destinadas à implantação de equipamentos comunitários e espaços de uso público:

a) área da Pedreira Santa Rita, destinada à implantação de parque urbano;

b) área da Pedreira do Riacho, destinada à implantação de parque urbano; (Revogado pela Lei complementar 295/2020)

c) área pública destinada à implantação de parque linear, situada às margens do Córrego do Retiro;

d) área pública destinada à implantação do Parque da Barraginha;

e) área pública destinada à implantação do parque linear da Avenida do Ribeirão Arrudas;

f) área pública situada na região do bairro Praia, destinada à implantação de centro de apoio ao Programa de Agricultura Urbana e Familiar;

g) área do aterro sanitário do Perobas, que será convertida em parque urbano após encerrada sua utilização como aterro sanitário;

h) área compreendida no perímetro formado pela Rua Manoel Pinheiro Diniz, no Bairro Três Barras, destinada à implantação de parque urbano. (Revogado pela Lei complementar 295/2020)

II - as áreas destinadas à preservação ambiental:

a) área verde no Centro Industrial de Contagem (CINCO); b) área de mata adjacente à pedreira do Madeiro; c) área da mata adjacente ao Aterro Sanitário do Perobas; d) área da mata da Gafurina; e) área da mata do Confisco; f) área de reserva ecológica da CEASA.

III - as áreas destinadas à manutenção e/ou revitalização dos seguintes equipamentos comunitários e espaços de uso público:

a) Parque Gentil Diniz; b) Parque Tiago Rodrigues Ricardo (Parque Ecológico do Eldorado); c) Parque Urbano do Confisco/Linear do Sarandi; d) Parque das Amendoeiras; e) Parque Linear da Avenida Teleférico; f) Área de Lazer do Bairro São Mateus; g) Parque do Sapucaias; h) Parque do Tropical; i) Parque do Carajás; j) Parque Natural Nascentes do Sarandi, compreendendo a área verde no Centro Industrial de Contagem (CINCO).

(...)

Art. 144 Esta Lei Complementar entrará em vigor na data da sua publicação.

Palácio do Registro, em Contagem, aos 11 de janeiro de 2018.

ALEXIS JOSÉ FERREIRA DE FREITAS

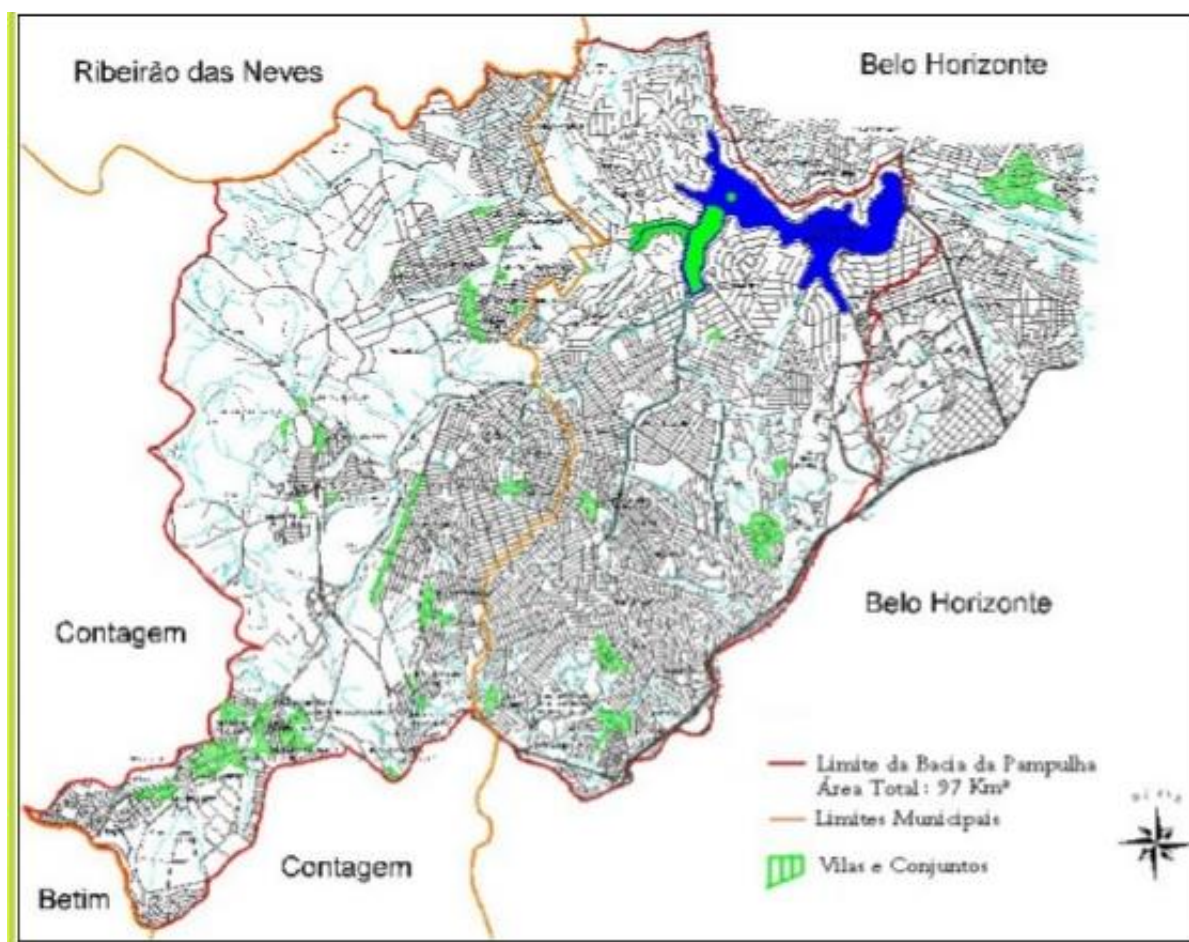
Prefeito de Contagem

Segundo o site Marília Campos (2022, on line) "a Pampulha é uma Bacia Hidrográfica, em BH e Contagem (Figura 01), com 507 nascentes, 44 córregos e onde vivem 400 mil pessoas" Estas nascentes encontram-se especificamente no CINCO - Centro Industrial de Contagem:

Em 1970, também por iniciativa do setor público, foi constituído o segundo grande projeto de expansão industrial em Minas, com foco em Contagem. Por força da lei nº911, de 16 de abril, foi implantado o Centro Industrial Municipal de Contagem, mais conhecido pela sigla "CINCO". O projeto previa a instalação de 100 novas fábricas e a geração de 20 mil novos empregos, com recursos do então BNDE (40%) e da própria Prefeitura de Contagem (60%). Com o passar dos anos, em torno dessa base industrial, se ampliou uma vasta rede de equipamentos e serviços públicos. Destaca-se criação do entreposto da CEASA -Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S/A, ainda em 1974, e o surgimento da Cidade Jardim Eldorado, atualmente o maior centro comercial da cidade. O entreposto do CEASA é o mais diversificado

do Brasil e ocupa o segundo lugar nacional em vendas de hortifrutigranjeiros. A tradição urbana-industrial de Contagem, deixou suas marcas na formação da paisagem urbana, na cultura, e no caráter identitário do povo. A cidade de Contagem desponta no cenário brasileiro pela greve metalúrgica de 1968 na poluída Cidade Industrial (...), um dos símbolos nacionais da resistência ao regime militar.

Figura 01 - Mapa da Bacia Hidrográfica dos Ribeirões Sarandi/Pampulha



Fonte: <http://www.mariliacampos.com.br/secao/a-pampulha-e-uma-bacia-hidrografica-em-bh-e-contagem-com-507-nascentes-44-corregos-e-onde-vivem-400-mil-pessoas->

Recebendo vários tributários, a maioria canalizado e poluído sai do CINCO, passando pelos setores Perobas (Cinco e Perobas são setores integrantes da Zona Regional Eldorado), Ceasa e Confisco (bairros integrantes da zona regional Ressaca), recebendo os nomes de Ribeirão Cabral ou Ribeirão Sarandi. A página de Marília Campos (2022, on line) descreve que a “Bacia da Pampulha é composta por 44 córregos, sendo que 70% nascem em Contagem<sup>45</sup> e 30% nascem em Belo Horizonte e 507 nascentes nas duas cidades”. O

45 1.2.3 Bacia Pampulha/Onça Esta bacia tem seu sistema contribuindo para o interceptor marginal da lagoa da Pampulha que transporta os esgotos coletados para tratamento na ETE Onça. O sistema

mesmo site oficializa que a área da bacia é de 97 km<sup>2</sup> e, conforme já dito, a população estimada de 400.000 habitantes, sendo 230.000 em Belo Horizonte e 170.000 em Contagem. Ao se encontrar com o Córrego Ressaca, na altura do Clube Toca da Raposa, de propriedade do Cruzeiro Esporte Clube, muda o nome para Ribeirão Pampulha, desaguando na represa homônima, declarada Patrimônio Cultural da Humanidade, desde 2016.

Preservação nas nascentes é fundamental. A Bacia da Pampulha tem 507 nascentes cadastradas, sendo 272 em Contagem e 235 em Belo Horizonte. Reportagem do jornal Hoje em Dia, de 03/09/2015, traz uma radiografia muito preocupante das nascentes: "O cadastro de 507 nascentes da bacia hidrográfica da Pampulha, em Belo Horizonte e Contagem, solicitado pelo Ministério Público de Minas Gerais, aponta um cenário alarmante: apenas 64 (12,8%) estão próximas do ideal quanto à preservação ambiental. Essa situação se configura quando o entorno das minas d'água não é impermeabilizado e tem predominância de espécies nativas, sem sinais recentes de corte da vegetação".(...) "O mapeamento mostra que a maioria das nascentes se encontra em áreas com reflexos de ocupação urbana. Pelo menos 52 (10,4%) são classificadas como aterradas".(...) "O levantamento, feito pela Terra Viva Organização Ambiental ao longo de 18 meses, traz as características, localização e coordenadas de cada nascente. A mesma metodologia será aplicada nas bacias do Córrego do Onça, na capital, e da represa Vargem das Flores".(...) "319 nascentes são protegidas 162 perderam essa condição por causa de alterações no Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651/2012), em Betim e Contagem".(...) "O dado positivo do cadastro é que das 507 nascentes, 458 (90%) são perenes. As demais fluem apenas na estação chuvosa".

---

desta bacia tanto na parte pertencente ao município de Contagem como na de Belo Horizonte carece de complementações de rede coletora e integração destas aos interceptores, complementação de interceptores e interligações entre eles, de modo que a represa da Pampulha recebe ainda grande quantidade de esgotos conduzidos pelos cursos d'água a ela afluentes. Para solucionar este problema a COPASA está concluindo as obras e um programa denominado "Meta 2.014" com o objetivo de retirar estas contribuições da Pampulha. Entre outras intervenções podem ser citadas as seguintes em fase final de implantação:

- Interceptores: Vilas dos Cabritos, Rua Três, Sindi/Bonanza, Tapera, Av. Nacional IV, complementação do Bom Jesus, Bragança, Morada Nova, Muniz, Santa Terezinha, Pica Pau, Córrego Maracanã, e São João del Rei;
- Rede Coletora: Chácaras: Planalto, Novo Horizonte, Cotia e Santa Terezinha;

- Rede Coletora: Bairros: Morada Nova, Cincão, Perobas (Vila N.S. da Conceição), Milanez, Marrocos (Vila Santa Edwiges), Campina Verde e Nova Pampulha;

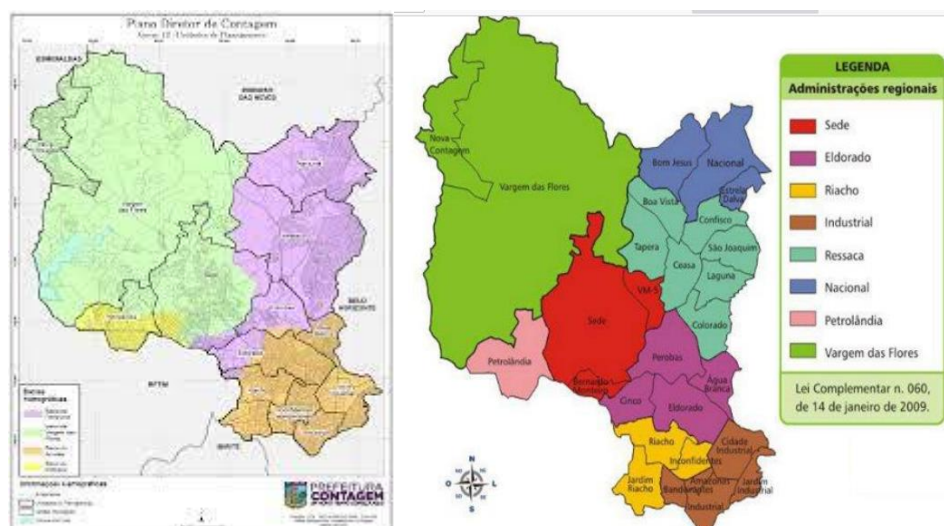
Rede Coletora: Vilas: Bela Vista, Padre Dionísio (Morro dos Cabritos), Parque São João (Pica Pau); União da Ressaca, Boa Vista e Colorado.

- Convênio UGP Contagem: Interceptores: Av. 2 Colorado, Av. João Gomes, Córrego Maria da Conceição e Alterosa. Atualmente a COPASA está programando a melhoria e aumento de capacidade dos interceptores marginais do ribeirão Sarandi.



Um dos maiores desafios para a preservação das nascentes é que a maioria estão localizadas em terrenos particulares. Afirma o jornal Hoje em Dia: “A localização da maioria das nascentes da bacia hidrográfica da Pampulha em áreas particulares preocupa os técnicos do Propam. Uma estratégia seria propor incentivos fiscais para motivar os donos a preservar os terrenos, como sugere o engenheiro florestal Edinilson Santos”. (...) “Recuperar as áreas é um meio não apenas de proteger o meio ambiente, mas que pode levar à valorização econômica de áreas deterioradas”, ressalta o engenheiro do Propam”. (...) “Segundo ele, em áreas públicas as minas d’água são mais preservadas. É o caso do Parque Ursulina Mello Andrade. As nascentes desta unidade de conservação alimentam o córrego Ressaca, em BH. O mesmo ocorre na reserva de preservação Mata do Confisco, que tem 340 mil m<sup>2</sup> e foi criada como condicionante do licenciamento do Portal do Sol, em Contagem”. (...) “Se a nascente está em terreno particular, o dono deve investir na preservação. Se estiver em área pública, a comunidade precisa se mobilizar para preservar esse patrimônio”, diz Camila Lucas Rocha, bióloga”.

Figura 02 - Área de drenagem do Ribeirão Sarandi/Pampulha nas regionais e setores de Contagem



Fonte: <https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpOohnWt.pdf/consult/phpOohnWt.pdf>

Objetivando tornar mínimo os problemas que as tempestades têm causado na região do aeroporto, a Prefeitura de Belo Horizonte começou a construção de uma tanque de contenção de águas pluviais, situada no Bairro Liberdade. Estas obras estão paralisadas devido a um empecilho judicial decorrente da desapropriação de moradores. Enquanto as obras não forem finalizadas, a região do aeroporto registra alagamentos, quase sempre quando fortes temporais atingiram Belo Horizonte.

### **AEROPORTO DA PAMPULHA: conjuntura atual e projeções**

Localizado ao lado da barragem da Pampulha, o Aeroporto de Belo Horizonte, oficialmente denominado de Aeroporto Carlos Drummond de Andrade localiza-se na malha urbana da cidade, mais precisamente na Praça Bagatelle, 204, Bairro São Luiz.



Encontra-se entre os bairros Aeroporto, Dona Clara, Itapuã, Jaraguá, Jardim Atlântico, Pampulha, São Bernardo, São Luiz, São Tomás, Vaz de Melo, Vila Aeroporto e Vila Rica, entre as regionais Norte e Pampulha, áreas densamente povoadas do município de Belo Horizonte (BELO HORIZONTE, 2022).

Com localização estratégica e privilegiada, a apenas nove quilômetros do centro de Belo Horizonte, o Aeroporto Carlos Drummond de Andrade, mais conhecido como Aeroporto da Pampulha, está inserido no contexto urbano em uma área de aproximadamente dois milhões de metros quadrados. Inaugurado em 1933, foi por muito tempo o campo de aviação mais movimentado do estado de Minas Gerais, até a transferência dos voos nacionais para Confins, em 2005.

Atualmente, com atuação voltada especialmente para a aviação regional e executiva, o aeroporto vem se tornando também um importante polo de manutenção de helicópteros e aeronaves executivas e comerciais de pequeno porte.

Figura 03 - Vista Aérea da Pista do Aeroporto da Pampulha, com 2.364 metros, maior que a de aeroportos como Congonhas/SP, Santos Dummont/RJ e Salgado Filho/RS.



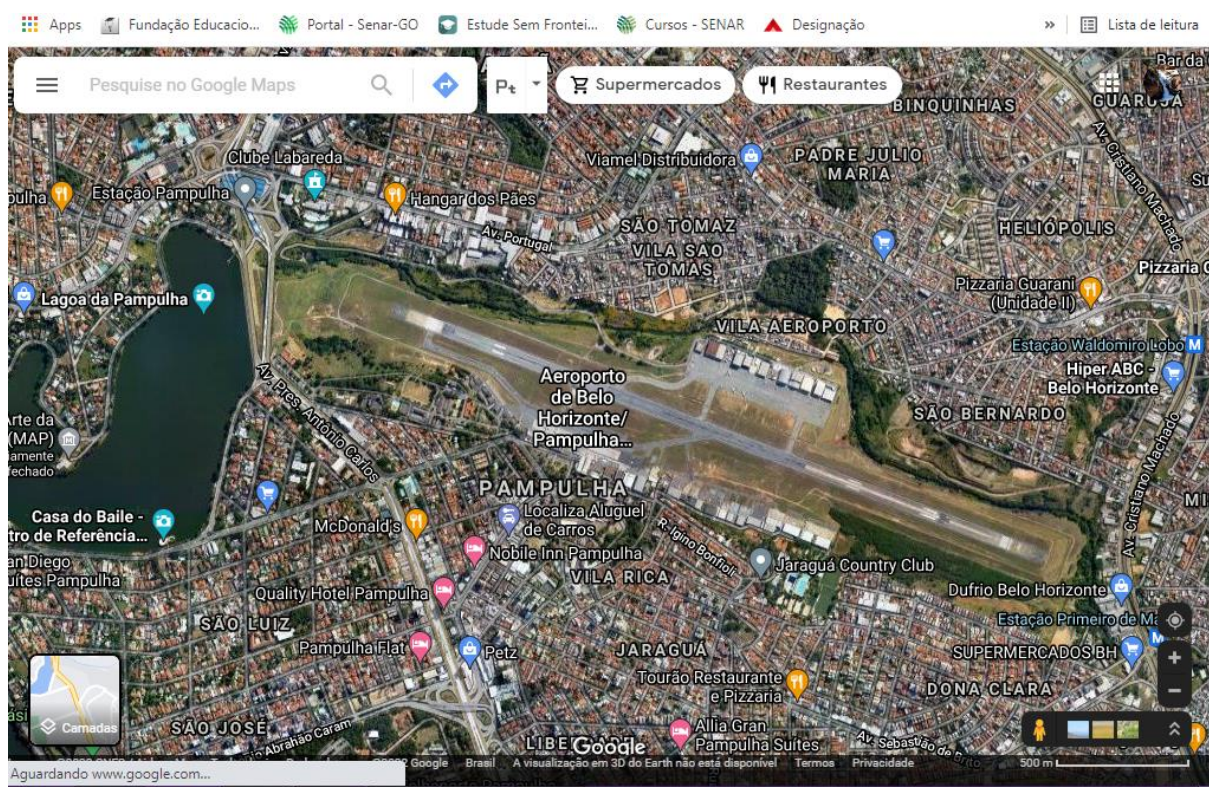
Fonte: Wikipédia, 2020.

Para o IBGE (2022), Belo Horizonte, a sexta maior cidade do país em população possui uma posição geográfica estratégica no país, com fácil acesso para todas as regiões do país (INFRAERO, 2022-a). Por ser uma capital e uma cidade-polo possui atrativos



econômicos, principalmente no setor de comércio e serviços, destacando-se os serviços financeiros, imobiliários além da administração pública. O aeroporto (Figura 04) completará 90 anos no ano de 2023.

Figura 04 - Entorno Urbanizado do aeroporto



Fonte: Google Earth (2022)

Em 2004, estatísticas expliatavam as Maiores rotas na Pampulha Congonhas (35.8%), Brasília (13.5%), Santos Dumont (11%), Galeão (6.4%), Vitória (6.1%), Outras (27.2%), A Composição das operações no Aeroporto da Pampulha, em 2015: Aviação Geral (72.4%), Aviação Militar (11.2%) e Aviação Comercial (16.4%). Existem três tipos de aviação operando no Aeroporto da Pampulha encontram-se detalhadas no quadro I. Segundo o Centro de Gerenciamento de Navegação Aérea (CGNA), em 2014 o aeródromo recebeu 66.711 voos (pousos e decolagens), sendo 71% da aviação geral. 21% da aviação comercial e 8% da aviação militar.

Quadro I

Aviação comercial	companhias aéreas que comercializam passagens e mantém voos regulares em linhas aéreas partindo do aeroporto;
Aviação geral	voos da aviação executiva, de pequenos aviões de propriedade particular, de helicópteros, voos de treinamento para pilotos iniciantes e outras atividades aéreas que não sejam voos regulares ou aeronaves militares;
Aviação militar	utilização de aviões para fins exclusivamente militares, incluindo o uso de outras aeronaves como helicópteros.

Fonte:

A infraestrutura do sítio aeroportuário é de 1.827.584 m<sup>2</sup> para utilização da área civil e 258.320,85 m<sup>2</sup> para uso da área militar. A pista de pousos e decolagens é formada por uma pista única (13/31): 2540 x 45 metros (2.364 m utilizável). O aeroporto dispõe de três instrumentos de pouso e radionavegação: LOC/DME pela cabeceira 13, VOR/DME e NDB. Sua capacidade é de 25 movimentos/hora. O terminal de passageiros, tem área de 4.629,64 m<sup>2</sup> e capacidade anual para 2,2 milhões de passageiros. São 10 balcões de check-in (duplos), uma sala de embarque, com capacidade para 300 passageiros. São quatro portões de embarque (com alocação remota) e sala de desembarque com capacidade para 360 passageiros, 02 esteiras de restituição de bagagens e 226 vagas para estacionamento de veículos. Uma cronologia dos primeiros trinta anos do Aeroporto da Pampulha, entre 1933 e 1962, estão evidenciadas no Quadro II

Quadro II - Cronologia do aeroporto (1933/1962)

1912	Mesmo antes de possuir oficialmente um aeroporto, Belo Horizonte teve a oportunidade de presenciar seu primeiro voo em abril de 1912. Nos céus de onde hoje é o bairro Prado, em um avião monoplano tipo Blériot, o piloto italiano Ernesto Dariolli realizou uma demonstração de voo que marcou definitivamente a história da aviação na capital mineira.
1915	O Campo de Aviação do Prado, com uma pista de apenas 200 metros, era considerado perigoso, operando apenas pequenas aeronaves, sendo impróprio para o atender a serviços regulares como o Correio Aéreo Militar. Esse campo de aviação logo viria a ter suas operações encerradas com o funcionamento de um novo aeroporto, com uma melhor estrutura.

1930	No início dos anos 1930, o Aeroporto da Pampulha foi considerado apto para o tráfego da aviação comercial e, em 2 de setembro de 1936, por meio da Lei n.º 76, o Governo Mineiro foi autorizado a conceder à Panair do Brasil o direito de explorar a linha entre Belo Horizonte e Rio de Janeiro.
1930	Então, no início da década de 30, foram desapropriados alguns sítios e chácaras na região conhecida como Arraial Pampulha, para a construção de uma base de operações de pousos e decolagens. O nome Pampulha veio de um bairro que existia em Lisboa, e foi atribuído à localidade por imigrantes portugueses que habitaram aquela área, quando ainda era zona rural de Belo Horizonte.
1933	As atividades do aeroporto tiveram início em 1933 e o principal objetivo era atender aos voos do Correio Aéreo Militar, na chamada Linha de São Francisco, que ligava o Rio de Janeiro a Fortaleza. O aeroporto era uma das escalas e sua denominação oficial, na época, era Destacamento de Aviação.
1933	Registrado oficialmente como Aeroporto de Belo Horizonte, em sua inauguração, ficou sendo conhecido popularmente como Aeroporto da Pampulha.
1935	A VASP e também a Panair do Brasil são as primeiras empresas aéreas a aterrissarem e decolarem no aeroporto, em voos experimentais. As duas companhias passaram a disputar a concessão da primeira linha aérea comercial no aeroporto.
1936	Em 23 de abril de 1936 é transformado em Núcleo do 4º Regimento de Aviação, com uma pista de grama com dimensões para operação com aeronaves do Correio Militar tipo Waco-Cabine, Piper e Beech-Mono.
1936	Em 2 de setembro de 1936, através da Lei n.º 76, o governo mineiro foi autorizado a conceder à Panair do Brasil o direito de explorar a linha aérea comercial entre Belo Horizonte e o Rio de Janeiro.
1936	Em 23 de abril de 1936 o Destacamento de Aviação é transformado em Núcleo do 4º Regimento de Aviação, contando com uma pista de grama com dimensões de 720m por 20m e operando aeronaves do Correio Militar tipo Waco Cabine, Piper e Beech-Mono.
1936	Em 6 de novembro de 1936, foi fundado no Aeroporto da Pampulha o Aeroclub de Minas Gerais com o objetivo de formar pilotos privados e comerciais.

1937	Em 23 de março de 1937, foi oficialmente inaugurada a linha comercial Rio-BH-Rio, com um avião bimotor Lockheed 10E Electra I, PP-PAS, com capacidade para dois tripulantes e seis passageiros.
1938	Foi inaugurada a Lagoa da Pampulha, que teve sua barragem construída numa das extremidades do aeroporto. O Conjunto Arquitetônico da Pampulha foi inaugurado mais tarde, em 1943, por Juscelino Kubitschek, quando prefeito de Belo Horizonte.
1939	Ano de expansão das chamadas Linhas Mineiras, onde em sucessivos lances foram implantados serviços aéreos com escala compulsória em Belo Horizonte, com as seguintes linhas: Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Uberaba; Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Poços de Caldas; Rio de Janeiro/Belo Horizonte/ Poços de Caldas/São Paulo/ Curitiba; e Rio de Janeiro/Belo Horizonte/Governador Valadares.
1940	A Panair adota o sistema de rotas circulares para as ligações Rio/BH/Poços de Caldas/São Paulo, com as aeronaves partindo o Rio de Janeiro em sentidos opostos.
1941	Com a criação do Ministério da Aeronáutica, o aeroporto passou a ser administrado pela Força Aérea Brasileira e recebeu a categoria de Base Aérea de Belo Horizonte.
1942	Nessa época já ficava evidente a necessidade de ampliação da pista do aeroporto. Em 1943 a pista é ampliada e suas dimensões alteradas para 1.500 x 45 metros, passando a receber aeronaves como o Curtiss-Comander, Beechcraft, Lodstar e Catalinas
1943	A pista foi ampliada e concretada, alterando suas dimensões para 1500m por 45m, e passou a operar aeronaves como o Curtiss Commander, Beechcraft, Lodestar e Catalinas.
1944	Em janeiro de 1944, o Aero clube de Minas Gerais mudou-se definitivamente da Pampulha para o Aeroporto Carlos Prates, recém inaugurado, onde continua até hoje.
1947	- O crescimento urbano de Belo Horizonte toma a Região da Pampulha e envolve o aeroporto. Quase a metade dos novos loteamentos aprovados no Município de Belo Horizonte, entre este ano e 1963, situava-se nas proximidades da Lagoa da Pampulha. Com a valorização da região, por dez anos houve preponderância absoluta da Pampulha nos lançamentos de lotes aprovados.[24]
1950	No início dos anos 1950 a pista passou a ter 1.700 metros



1953	Em 1953 o aeroporto recebeu balizamento noturno. Posteriormente, a pista foi sendo sucessivamente ampliada de forma a receber aeronaves cada vez maiores. A pista passou para 1700 metros e o aeroporto recebeu balizamento noturno.
1954	- Inauguração do prédio do terminal de passageiros do Aeroporto da Pampulha, tal como é até hoje.[22] Nessa ocasião, Belo Horizonte se tornou um importante centro de distribuição de linhas aéreas, devido sua posição geográfica; A Pampulha era ponto de parada para quem ia de São Paulo com destino a cidades do Norte e Nordeste do Brasil.
1955	No dia 05 de maio do ano 1955, ao decolar, um avião Vickers Viscount da VASP colidiu com uma vaca que estava da cabeceira da pista. Não há informações sobre feridos dentre os 26 passageiros e tripulação que ocupavam a aeronave.
1956	Em outubro de 1956, inaugurou-se a Praça Bagatelle em frente ao terminal de passageiros, a qual, segundo consta, pretendia ser uma réplica em tamanho reduzido do Campo de Bagatelle, em Paris.
1958	A VASP, que perdeu a concorrência, em 1936, só veio a operar voos regulares na Pampulha, oficialmente a partir de 1958.
1961	A pista atingiu comprimento 2540 metros e entrou em funcionamento um novo pátio de manobras, com capacidade para receber aeronaves de maior porte, incluindo alguns jatos. Com isso, autoridades da cidade e do estado tomaram iniciativas e conseguiram homologar o aeroporto como Internacional.

Fonte: adaptado de <https://www4.infraero.gov.br/aeroportos/aeroporto-de-belo-horizonte-pampulha-carlos-drummond-de-andrade/sobre-o-aeroporto/historico/>

Ao longo dos anos 1970, a circulação do aeroporto desenvolveu, tornando suas acomodações escassas para aguentar o acolhimento de novas demandas, principalmente das grandes e modernas aeronaves intercontinentais (Quadro III). O pátio de aeronaves tem 92.810 m<sup>2</sup> de área total, sendo o pátio principal com 39.310 m<sup>2</sup>, apresenta espaço para 12 posições: 02 posições da aviação geral, 02 posições da aviação militar e 08 posições da aviação comercial. O pátio norte totaliza 53.500 m<sup>2</sup> com capacidade total para 34 posições: 03 posições da aviação comercial, 03 posições para helicópteros e 28 posições da aviação geral. A maior controvérsia do retorno operacional da Pampulha gira em torno do atraso para os planos de desenvolvimento socioeconômico aplicados no chamado Vetor Norte de Belo Horizonte. Nestes projetos, datados do início do século XXI, além do aumento e modernização do Aeroporto de Confins, inclui-se constituição da Linha Verde,



a passagem da sede do governo do estado para a Cidade Administrativa de Minas Gerais e a concepção do Aeroporto Indústria, um hub logístico multimodal.

Quadro III - Cronologia do Aeroporto da Pampulha entre 1962 e 1991

1965	Depois de muitas controvérsias e sem operar ainda operar voos internacionais regulares, o projeto de internacionalização do Aeroporto da Pampulha foi abandonado. Em 11 de Março de 1965, foi excluído da categoria internacional, permanecendo no plano nacional como Aeroporto de Primeira Classe - Categoria B.[24]
1973	A administração do Aeroporto de Belo Horizonte/Pampulha foi incorporado e passou a ser de responsabilidade da estatal Infraero, criada em 3 de dezembro de 1972.
1978	Assim sendo, em 3 de julho de 1978, o Ministério da Aeronáutica, em parceria com o Governo do Estado de Minas Gerais, criou a Comissão Coordenadora do Projeto Aeroportuário de Belo Horizonte – COPAER/BH, para elaborar e construir o novo Aeroporto Internacional de Belo Horizonte, em Confins, entre os anos de 1979 a 1983.
1978	Em 20 de agosto de 1978, durante o pouso, um Boeing 727 de matrícula PT-TYQ da Transbrasil toca o solo a 60 metros antes da cabeceira da pista. Não houve vítimas e a aeronave teve danos leves.
1979	Criada, em 1978, a Comissão Coordenadora do Projeto Aeroportuário de Belo Horizonte - COPAER/BH inicia a construção do novo aeroporto internacional mineiro, em Confins.
1983	Em 26 de setembro de 1983, foi criado o CIAAR (Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica) dentro do aeroporto, onde passaram a ser formados oficiais de diversos quadros para a Força Aérea Brasileira.
1983	Em dezembro de 1983, o Aeroporto da Pampulha registrava um movimento anual de 1.150.000 passageiros e 24.000 operações de pouso e decolagem de aeronaves, inclusive de jatos de médio porte como o Boeing 737 e 727.
1984	O Aeroporto Internacional Tancredo Neves foi inaugurado em março de 1984, diminuindo consideravelmente o movimento do Aeroporto da Pampulha. O novo Aeroporto Internacional de Belo Horizonte, em Confins, passou a receber 75% do movimento de aeronaves e 95% do movimento de passageiros, deixando o Aeroporto da Pampulha ocioso.

1986	Somente em 1986, com a criação dos voos diretos ao centro conhecidos como VDC, a Pampulha retoma suas atividades com demanda crescente.
1986	A distância do Aeroporto de Confins ao centro de Belo Horizonte e o transporte precário logo criaram uma enorme pressão para que os voos retornassem para a Pampulha. A partir de 1986, a criação dos voos direto ao centro conhecidos como VDC, e o uso de modernas aeronaves a jato ligando o Aeroporto da Pampulha a outras capitais, trouxe um grande número de passageiros volta.
1990	A partir de 1990 com a inserção de modernas aeronaves a jato ligando Belo Horizonte a outras capitais, um grande número de passageiros volta a utilizar o Aeroporto da Pampulha, atraídos por sua proximidade com o centro da capital mineira.

Fonte: adaptado de <https://www4.infraero.gov.br/aeroportos/aeroporto-de-belo-horizonte-pampulha-carlos-drummond-de-andrade/sobre-o-aeroporto/historico/>

A população contígua ao aeroporto não é adepta ao ampliação de voos, antevendo sobrecargas no trânsito da vizinhança, intensificação da poluição atmosférica e sonora causada pelo pouso/decolagem das aeronaves, além da apreensão com a temeridade de acidentes. Outra parte da população de Belo Horizonte acoberta a utilização da Pampulha em voos para as capitais mais próximas, uma vez que o aeroporto central economizaria dinheiro e tempo, especialmente para quem trafega a trabalho. Em audiências, defensores do retorno operacional alegam a otimização do tempo e do custo do deslocamento. Vale destacar que a distância até Confins faz com que Belo Horizonte perca proficuidade competitiva em relação às urbes de Rio de Janeiro e São Paulo, que tem seus aeroportos centrais Santos Dumont e Congonhas ativos, beneficiando a demanda de executivos e as viagens de negócios nestas cidades. Uma cronologia dos avanços e retrocessos do aeroporto é detalhada no Quadro VI

Quadro IV - Cronologia do Aeroporto da Pampulha: 1991-2020

1992	O Aeroporto da Pampulha volta a dar lucro, tendo alcançado novamente grandes índices de movimento de passageiros e aeronaves
1998	Com a liberação da concorrência em 1998 e dos voos em aeroportos centrais, a Pampulha novamente apresenta níveis operacionais próximos da saturação.
2000	No início dos anos 2000 a Infraero anunciou investimentos bilionários nos aeroportos brasileiros usando recursos próprios. A estatal estava disposta a aplicar esses recursos primordialmente nos

	aeroportos centrais – Congonhas, Santos Dumont e Pampulha – que eram os mais saturados naquela ocasião, funcionando muito acima da capacidade operacional. Porém, o Aeroporto de Belo Horizonte seguiu um caminho diferente dos outros aeroportos centrais e não chegou a ter aplicação desse investimento.
2000	No dia 12 de abril do ano 2000, um bimotor BE-80, matrícula PT-KKI, decolou da Pampulha com destino a cidade de Sorocaba, mas caiu no bairro São Bernardo, próximo ao aeroporto, atingindo três casas. Os três ocupantes do avião morreram e outras duas pessoas em solo tiveram ferimentos leves.
2001	Em 11 de janeiro de 2001, um bimotor Seneca II, matrícula PT-RGR, fez um pouso forçado em um terreno da Infraero, na Pampulha. O piloto e os três passageiros não se feriram.
2002	No ano de 2002 o Aeroporto da Pampulha bateu o recorde histórico, com 3.073.976 passageiros passando pelos seus portões de embarque e desembarque, e um total de 88.737 operações de pouso e decolagens.
2002	No dia 22 de maio de 2002, um bimotor Seneca II, matrícula PT-RQE, fez um pouso forçado por problemas técnicos em um lote vago no bairro Guarani, zona norte de Belo Horizonte. O Avião seguia para a cidade de Campos dos Goytacazes e seus três ocupantes sofreram ferimentos.
2003	No dia 11 de junho de 2003, um pequeno avião bimotor de modelo Piper Navajo, matrícula PT-EHH, caiu em um lote vago no bairro Jardim Atlântico, a cerca de 2 quilômetros do Aeroporto da Pampulha de onde decolou. A aeronave seguia para Juiz de Fora com quatro ocupantes, que morreram carbonizados. Não houve vítimas em solo.
2003	Em 13 de outubro de 2003, a Infraero apresentou o projeto básico de reforma e modernização do Aeroporto da Pampulha em uma audiência pública, em Brasília. O projeto tinha um cronograma com previsão de 24 meses consecutivos para conclusão das obras.
2004	O aeroporto recebeu o nome do poeta e escritor mineiro Carlos Drummond de Andrade, em homenagem ao seu centenário de nascimento do grande poeta e escritor mineiro Carlos Drummond de Andrade. No dia 16 de dezembro de 2004, o aeroporto passou a ser oficialmente denominado Aeroporto de Belo Horizonte/Pampulha – Carlos Drummond de Andrade pela lei federal nº 11.002.
2004	Recorde histórico no número de passageiros, com 3.194.715 passageiros embarcados e desembarcados. No ano de 2004, o Aeroporto da Pampulha era o 8º mais movimentado do Brasil com o recorde histórico de 3,2 milhões de passageiros, conforme dados da Infraero. Nesta

	<p>época eram operados cerca de 140 voos diários, mesmo com o acanhado tamanho do terminal, que sempre estava superlotado de pessoas. O aeroporto chegou a atender um número de passageiros duas vezes maior que sua capacidade.</p>
2004	<p>Em 22 de setembro de 2004, um avião bimotor de modelo Cessna 310, matrícula PP-KJT, quebrou o trem de pouso durante aterrissagem na Pampulha, levando a aeronave a sair da pista. O avião procedia de Goiânia com duas pessoas, que não sofreram ferimentos. O aeroporto ficou fechado por cerca de uma hora.</p>
2005	<p>Em 2005, dentro ao programa do Governo do Estado de Minas Gerais, o antigo Departamento de Aviação Civil - DAC (atual ANAC) e a Infraero transferem em 13 de março de 2005 os voos de longa distância da Pampulha para o Aeroporto Internacional de Belo Horizonte/Confins – Tancredo Neves. Com isso, o Aeroporto de Belo Horizonte/Pampulha – Carlos Drummond de Andrade passou a atender as principais cidades de Minas Gerais e se firmou como um dos principais aeroportos regionais do Brasil. Atualmente o aeroporto tem se tornando um polo na manutenção de aeronaves comerciais e executivas de pequeno porte, além de helicópteros (INFRAERO, 2022-b).</p>
2005	<p>Assim, em 2005 o então governador Aécio Neves investiu em um programa para a volta do Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Aeroporto de Confins) como a principal porta de entrada e saída aérea, passando cerca de 90% dos voos da Pampulha para lá. O processo incluiu o aprimoramento da conexão terrestre de Confins para Belo Horizonte, com a construção da chamada Linha Verde, uma via de trânsito rápido que possibilitaria maior rapidez no trajeto entre o Belo Horizonte e o aeroporto de Confins.</p>
2005	<p>A data da transferência dos voos, 13 de março de 2005, foi definida em reunião entre a Infraero, a Prefeitura de Belo Horizonte, o antigo DAC, as companhias aéreas e o Governo do Estado de Minas Gerais. O dia da transferência foi sugerido pelas companhias aéreas por ser a data de transição entre a alta e a baixa temporada. A pedido do então Prefeito de Belo Horizonte, Fernando Pimentel, as companhias aéreas mantiveram alguns voos saindo do Aeroporto da Pampulha com destino ao Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, até a conclusão das obras na Linha Verde, em 2007.</p>
2006	<p>Ao fim deste processo, o Aeroporto da Pampulha teve um corte de 80% na movimentação de passageiros, de 2004 para 2006. Em outras palavras, já em 2006 o aeroporto movimentou apenas um quinto do número de passageiros registrado em 2004, antes da transferência dos voos. O Aeroporto da Pampulha passa a ser deficitário, estando a operar abaixo de sua capacidade desde a transferência dos voos para Confins.</p>

2006	Entre 2005 e 2007 houve uma sequência de três acidentes com helicópteros na Pampulha. Em 20 de setembro de 2007, o helicóptero de matrícula PT-YAZ da empresa Líder Táxi Aéreo se incendiou no Aeroporto da Pampulha quando estava prestes a decolar. Os dois tripulantes e os cinco passageiros saíram ilesos. O helicóptero ficou gravemente danificado. No dia primeiro de fevereiro de 2006, durante voo de treinamento, o helicóptero de matrícula PP-EJF perdeu altura enquanto pairava sobre a pista e veio a colidir com o solo. Os dois tripulantes e um passageiro, que ocupavam a aeronave, saíram ilesos. Em 17 de dezembro de 2005, outro helicóptero, de matrícula PT-HZT, ficou fora de controle durante início de decolagem colidindo o rotor principal com o solo. Dos seis ocupantes, apenas um teve ferimentos leves. A aeronave teve danos graves.
2007	Em 2007, o Governo do estado interveio novamente estimulando o desenvolvimento da aviação regional, fazendo com que o número de passageiros no aeroporto aos poucos voltasse a crescer. Para tanto, foi criada a Portaria Nº 993 de 17 de Setembro de 2007 da ANAC, que em suma limitava a operação no aeroporto em aeronaves de máximo 50 assentos (jatos e turboélices), e restringia as rotas em voos apenas para o interior do estado de Minas Gerais ou na condição de haver uma escala em voos para estados vizinhos. Com isso o aeroporto foi se tornando um hub da aviação regional, com cerca de 40 operações entre pousos e decolagens regulares nos dias úteis, e se tornou o aeroporto regional mais movimentado do país.
2007	Este programa foi selado com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado entre a Infraero e a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais (Semad), que proíbe qualquer alteração no limite de aeronaves no aeroporto da Pampulha sem que os problemas ambientais e de segurança sejam solucionados. Com isso, ficou determinado que somente aviões com até 50 assentos e mais tarde, turboélices com até 75 assentos poderiam operar voos regulares no Aeroporto da Pampulha.
2008	Outro reflexo deste programa se dá na perda de rentabilidade da Pampulha, onde a acentuada queda no movimento de passageiros a partir de 2006 fez com que o aeroporto passasse a dar prejuízos à administração da Infraero. Nos anos de 2008 e 2009 o aeroporto chegou a registrar maior ociosidade, com níveis de movimentação inferiores a 600 mil passageiros por ano, representando menos de 40% de sua capacidade. Em 2013, quando o movimento de passageiros mais se aproximou de 1 milhão no aeroporto, o prejuízo operacional chegou a R\$ 7,8 milhões, fora custos de depreciação.
2008	No dia 23 de fevereiro de 2008, um monomotor EMB Corisco II, prefixo PT-VHQ, se choca contra a Serra do Curral 10 minutos após decolar do Aeroporto da Pampulha. Havia muita neblina no momento do acidente. O avião tinha como destino a cidade de Juiz de Fora e seus quatro ocupantes morreram no acidente.

2009	- Homologação dos sistemas de pousos por instrumentos em setembro de 2009. O Aeroporto passou a operar com o LOC/LLZ (localizador/localizer) que fornece a indicação do eixo central da pista por meio de ondas de rádio, combinado com o sistema DME (Distance Measuring Equipment), que dá informações de distância da pista, através de ondas UHF. Os sistemas LOC e DME, operando em conjunto, ajudam a manter a operação dos pousos no aeroporto em dias de clima ruim, com o mesmo nível de segurança operacional.
2010	Na última década, a Infraero promoveu obras para melhoria das pistas, pátios e terminal de passageiros, implantou a nova torre de controle, a revitalização das subestações e <i>taxiways</i> , a substituição das torres de iluminação e a adequação da sala AIS (Serviço de Informação Aeronáutica).
2010	Em 26 de fevereiro de 2010, um bimotor modelo Cessna 310, prefixo PT-OID, ao se aproximar para pouso na Pampulha, se chocou contra a Serra do Curral, a cerca de 15 quilômetros do aeroporto. Havia forte neblina na serra no momento do acidente. Morreram os dois ocupantes da aeronave, que vinha da cidade de Leopoldina. No dia 29 de setembro de 2009, um balizador, funcionário da Infraero, entrou em choque com a hélice do avião monomotor, modelo Cherokee PA 28, prefixo PT-DZR, durante a manobra para estacionamento. O balizador ficou gravemente ferido, com a mão decepada. Os dois ocupantes do avião nada sofreram.
2010	Em 2010, a Portaria Nº 993, que favorecia os voos regionais na Pampulha, foi anulada pela Decisão Nº 49, de 17 de março de 2010, por haver contradição com a Lei de Criação da Anac (Lei 11.182). Enquanto a lei determina que a ANAC siga exclusivamente critérios de segurança ou capacidade operacional para limitar aeroportos, a portaria de 2007 teria adotado critérios político econômicos para limitação do Aeroporto da Pampulha.
2012	A primeira década dos anos 2000 foi marcada pelo expressivo crescimento da aviação comercial no Brasil, enquanto o Aeroporto da Pampulha ficou parado no tempo em relação aos outros aeroportos por causa dos impasses políticos, legais e técnicos. Em 2012, sua colocação caiu para a 32ª posição entre os aeroportos mais movimentados do Brasil. Desta forma, aeroportos do interior, como Uberlândia - MG e Ribeirão Preto - SP, superaram o número de passageiros do Aeroporto da Pampulha, descaracterizando sua posição de aeroporto regional mais movimentado
2012	No dia 27 de novembro de 2012, um jato particular teve o pneu furado no momento da decolagem na Pampulha, levando o piloto a interromper a decolagem. A pista do aeroporto ficou fechada por cerca de duas horas. Ninguém se feriu; Em 12 de junho de 2012, um pequeno avião monomotor Cessna 150 tombou para a lateral da pista durante pouso no Aeroporto da Pampulha. As duas pessoas a bordo não se feriram. A pista ficou fechada por cerca de meia hora.



2013	No dia 13 de novembro de 2013, um jato particular Cessna Citation CJ2, matrícula PP-CML, saiu parcialmente da pista durante a decolagem. Nenhum dos nove ocupantes do avião sofreu ferimentos. O aeroporto ficou fechado por duas horas e meia.
2015	Em 20 de outubro de 2015, um avião turboélice modelo ATR-72 da Passaredo teve problemas técnicos minutos após decolar da Pampulha, fazendo a aeronave retornar ao aeroporto. O Avião seguia para a cidade de Ribeirão Preto. Ninguém se feriu; No dia 07 de junho de 2015, durante um arriscado procedimento de decolagem que seria proibido, um avião bimotor Beechcraft King Air C90, matrícula PR-ABG, cai sobre o bairro Minaslândia. O avião seguia para a cidade de Setubinha, com dois tripulantes e um passageiro que morreram no acidente. Não houve vítimas em solo.
2016	- A partir de 27 de março de 2016, por meio da decisão N°103/2015 da ANAC, o Aeroporto da Pampulha passa a ser submetido ao sistema de alocação de slots.

Fonte: adaptado de <https://www4.infraero.gov.br/aeroportos/aeroporto-de-belo-horizonte-pampulha-carlos-drummond-de-andrade/sobre-o-aeroporto/historico/>

Ocasionalmente, quando a cidade é intensamente atingida por fortes temporais, o Aeroporto fica submisso a enchentes. Nos acontecimentos mais atuais, em 10 de dezembro de 2012 e em 02 de abril de 2014, a enxurrada alcançou o terminal de passageiros do aeroporto com a água próximo à 30 centímetros para cima do piso. Desde 1933, a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) define que os registros de acidentes (aeronave sofre danos ou falhas estruturais, ou tenha desaparecido ou ficado totalmente inacessível) e incidentes (ocorrência não configure um acidente, mas que comprometeu ou comprometa a segurança da operação) no aeroporto são, em sua grande maioria, com aeronaves de pequeno porte. Em toda a história da Pampulha, todos os cinco acidentes fatais, cujo maior número de vítimas são quatro, aconteceram com aeronaves pequenas. Não há registros de pessoas gravemente ou fatalmente feridas em solo.

## **PARQUE URBANO DO BAIRRO DONA CLARA**

A falcoaria é uma arte milenar de treinamento de falcões e outras aves de rapina para caça. O Aeroporto da Pampulha foi o primeiro no Brasil a adotar essa técnica na prevenção de acidentes aéreos decorrentes da colisão de pássaros, a partir de 2007. São cinco falcões e mais três gaviões que sobrevoam a região do aeroporto com a missão de capturar garças, pombos, quero-queros e urubus, que são responsáveis por grande parte dos acidentes aéreos no mundo. Quando os pássaros atingem as turbinas, os aviões ficam desestabilizados, o que leva a sérios acidentes. Segundo o Centro de Investigação e

Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), até 2012, o número de colisões de aves nos aviões reduziu 30% desde que começou o uso da falcoaria na Pampulha.

O Parque Urbano do Bairro Dona Clara (Figura 05) foi implantando no ano de 1998, por medida de compensação ambiental. Localizado no Bairro Dona Clara, entre as Ruas Orozimbo Moreira e Rita Alves Castanheira, próximo aos córregos do Onça e Aeroporto, possui uma área de aproximadamente 29.300 metros quadrados (CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE 2017; FUNDAÇÃO DE PARQUES E ZOOBOTÂNICA. 2018). Possui uma localização privilegiada ao lado do Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (Aeroporto da Pampulha) e próxima as Avenidas Cristiano Machado e Sebastião de Brito. O decreto municipal nº 12.020, de 7 de abril de 2005, concedeu Cessão de Uso de área do parque ao Governo do Estado de Minas Gerais.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, nos termos do disposto nos arts. 31 e 38 da Lei Orgânica do Município e na Lei nº 2.324, de 17 de junho de 1974, decreta:

Art. 1º - Fica cedido ao Estado de Minas Gerais 1.118,32 m<sup>2</sup> (um mil, cento e dezoito metros quadrados e trinta e dois centésimos) dentro da área reservada situada no Parque Dona Clara, assim constituído: "começa no M.O cravado na face da rua Orozimbo Nonato com a divisa do Parque Dona Clara. Seguindo a divisa do Parque Dona Clara com o rumo 52°36'58" NE e com a distância de 33,656 m, tem-se o M1, confrontando com o Parque Dona Clara; virando a esquerda, com o rumo de 37°24'45" NW e com a distância de 33,246 m, tem-se o M2, confrontando com a INFRAERO; seguindo o muro com o rumo 52°56'59" SW e com a distância de 33,426 m tem-se o M3, confrontando com o lote nº 44 da Quadra 17 CP 241 3M; virando à esquerda com o rumo de 37°01'03" SE e com a distância de 33,438 m, tem-se o M.O - ponto de partida, confrontando com a rua Orozimbo Nonato".

Art. 2º - A Cessão de Uso destina-se exclusivamente à construção da 18ª (Décima Oitava) Companhia da Polícia Militar de Minas Gerais que, em contrapartida, responsabiliza-se pela guarda e vigilância do local.

§ 1º - Não poderá ser dada outra destinação ao imóvel, sob pena de imediata reversão ao Município.

§ 2º - O Comando Geral da Polícia Militar se compromete a obedecer a toda legislação municipal, principalmente às normas da Secretaria Municipal Adjunta de Meio Ambiente e da Secretaria Municipal Adjunta de Regulação Urbana, no que diz respeito à preservação da área e aprovação de construção.

Art. 3º - Dá-se a Cessão de Uso do imóvel caracterizado no art. 1º deste Decreto, a título precário e gratuito, por prazo indeterminado.

Art. 4º - Finda a Cessão de Uso, as benfeitorias serão incorporadas ao terreno ora cedido, sem que assista ao Cessionário qualquer direito a indenização ou retenção.

Art. 5º - A Permissão de Uso será fiscalizada pela Secretaria de Administração Regional Municipal Pampulha.

Art. 6º - Fica reservado ao Município, a qualquer tempo, a faculdade de retomada do imóvel, por infração de qualquer dispositivo deste Decreto ou de cláusulas do Termo firmado, bem como por conveniência administrativa, sem que assista ao Cessionário qualquer direito a indenização ou retenção, sendo que as benfeitorias incorporar-se-ão ao patrimônio do Cedente, bastando para tanto a notificação administrativa com pelo menos 90 (noventa) dias de antecedência, independentemente de notificação judicial.

Art. 7º - A Cessão de Uso de que trata este Decreto foi objeto de Termo, no qual o Município inseriu outras cláusulas acauteladoras de seus interesses.

Art. 8º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos à data da assinatura do Termo de Cessão de Uso.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2005

Fernando Damata Pimentel, Prefeito de Belo Horizonte

Figura 05 - Parque Urbano do Bairro Dona Clara



Fonte: Fundação de Parques e Zoobotânica, 2018

Por estar próximo a córregos e está em uma zona extremamente urbanizada sua vegetação restringe-se a gramíneas, arbustos ornamentais e algumas mudas de árvores em crescimento (Figura 06). A fauna observada é com por pequenas aves, roedores e insetos. Como opções de lazer, o parque oferece um campo de futebol da Sociedade Esportiva São José Operário, playground, mesa de jogos, pista de caminhada e equipamentos de ginástica e espaços de convivência. A portaria localiza-se na Rua Orozimbo Nonato, nº 674, Bairro Dona Clara, Região da Pampulha. O site Conciliação (2016, on line) atesta que:

Depois de assistir a enchentes, mortes e prejuízos provocados por inundações, a população de Belo Horizonte pode encontrar um pouco de alívio para o problema recorrente em épocas de chuva na cidade. A Superintendência de Desenvolvimento da Capital (Sudecap) promete, em duas semanas, lançar o edital para contratação da obra de R\$ 270 milhões para alargamento dos canais dos córregos Pampulha e Onça, no trecho entre o aeroporto da Pampulha e a Estação São Gabriel, na Avenida Cristiano Machado.

(...)

Esses e outros projetos foram anunciados desde o fim de 2011 e, além de muito aguardados, continuam sendo um desafio para a cidade. Apesar de anunciada pela gestão Marcio Lacerda, a implantação dos canteiros de obras está marcada para o início do ano que vem, quando a administração municipal será outra, já que o atual prefeito não pode ser reeleito. Porém, o superintendente da Sudecap, Humberto Abreu, sustenta que essas intervenções não vão encontrar dificuldade para execução, tendo em vista que o projeto executivo está pronto e os recursos, garantidos.

(...)

O projeto completo – que promete solução para os recorrentes problemas de inundação na região do aeroporto da Pampulha e na Avenida Cristiano Machado – inclui ainda a terceira etapa, também sem recursos, que é a implantação do parque, no trecho de leito natural do Onça (entre o fim da canalização, onde há uma cachoeira, até a estação de tratamento de esgoto da Copasa). Para isso, será necessário remover 1.300 famílias de áreas de risco. Com pagamento de indenizações e construção de 576 unidades habitacionais para onde parte dos removidos será levada, o gasto será de R\$ 140 milhões. As demolições de imóveis têm custo de R\$ 16 milhões e a limpeza da área, de mais R\$ 16 milhões. A implantação do parque foi orçada em R\$ 220 milhões. O projeto da área verde será finalizado em outubro e, em seguida, a Sudecap dará início à captação de recursos. A previsão é de que as obras comecem no 2º semestre de 2017.

Figura 06 - Parque Urbano do Bairro Dona Clara

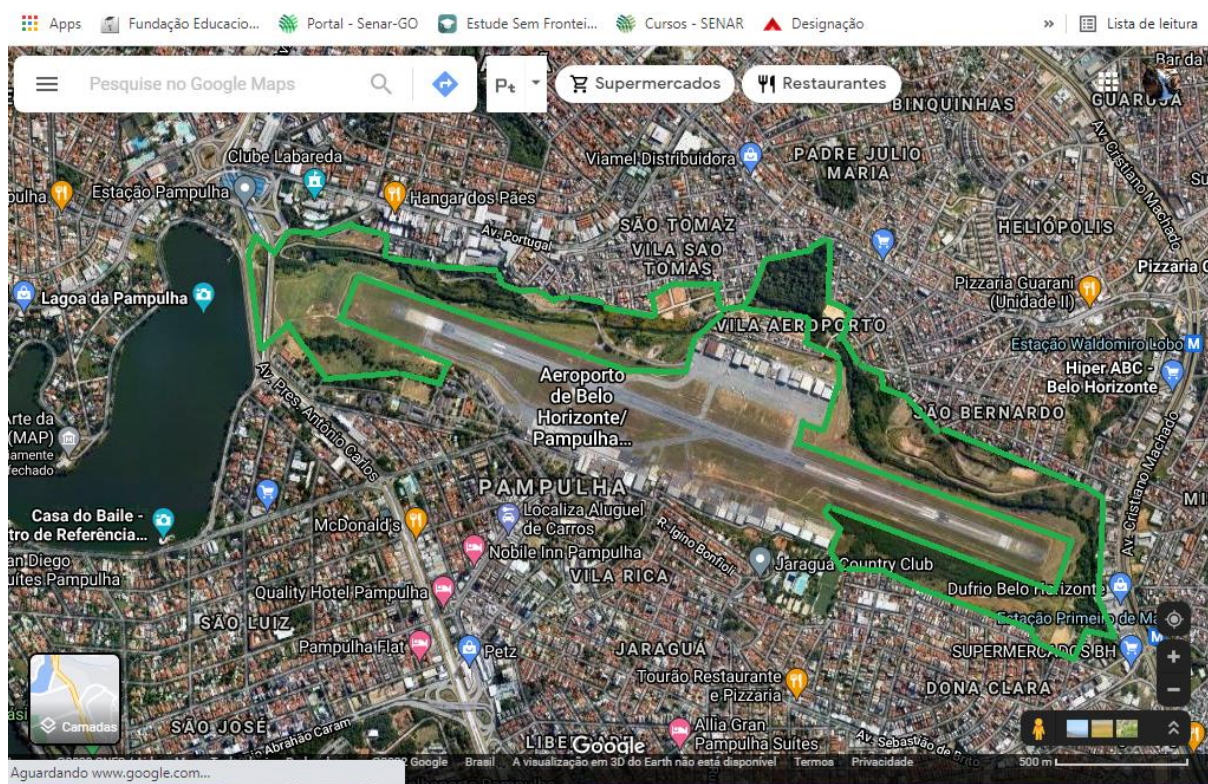


Fonte: Câmara Municipal de Belo Horizonte

Amplia-se o parque na direção do 1º de Maio (Figura) e a partir daí ele passa a cobrir toda extensão do Ribeirão Pampulha, inserindo-se em sua área o Bosque Urbano do São Tomás, assim como propõe junto ao legislativo municipal a mudança de seu nome para Parque Carlos Drummond de Andrade.

Figura 07 - Esboço do Parque Carlos Drummond de Andrade





Fonte: Google Earth (2022)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente texto sabe-se que há um esboço conceitual e estrutural para a construção do futuro Parque Linear do Ribeirão Pampulha, Belo Horizonte, MG, visando reverter os impactos das chuvas e consequente enchentes na região a ampliação do Parque Urbano do Bairro Dona Clara para áreas adjacentes ao Aeroporto da Pampulha, vai ao encontro deste projeto e promove a ampliação desta pequena área de lazer e unidade de conservação beneficiando moradores dos bairros Aeroporto, Dona Clara, Itapuã, Jaraguá, Jardim Atlântico, Pampulha, São Bernardo, São Luiz, São Tomás, Vaz de Melo, Vila Aeroporto e Vila Rica, entre as regionais Norte e Pampulha, áreas densamente povoadas do município de Belo Horizonte.

Além disso medidas devem ser tomadas para a preservação do Bosque Urbano do Bairro São Tomás, localizado entre as ruas Barão de Coromandel e o ribeirão anexando-o ao futuro parque linear, para o qual se sugere nome do aeroporto, Carlos Drummond de Andrade, numa justa homenagem ao grande escritor mineiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Irannilton Borges de et al. **Estudos das nascentes da microbacia hidrográfica da Pampulha**. Revista MundoGEO, Curitiba, 2010. Disponível em: <<https://mundogeo.com/2010/12/12/estudos-hidrograficos-da-bacia-da-pampulha/>>. Acesso em 10 jan. 2022.



ANDRADE, Vagner Luciano; CARDOSO, Nilce da Conceição; LIMA, Juciana de Carvalho César. **A educação interdisciplinar em patrimônio cultural e natural na formação básica: observações e possibilidades pedagógicas para as escolas do município de Contagem – MG.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpOohnWt.pdf/consult/phpOohnWt.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BEATO, Décio A. C. et al. **Impactos urbanos em águas subterrâneas – bacia da Lagoa da Pampulha, Belo Horizonte/MG.** Águas Subterrâneas, São Paulo, n. 17, p. 49-68, mai. 2003. Disponível. <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/download/1312/1090>. Disponível em: 20 jan. 2022.

BELO HORIZONTE, FUNDAÇÃO DE PARQUES E ZOOBOTÂNICA. **Parque Urbano do Bairro Dona Clara.** Disponível em: <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-dona-clara>>. Acesso em: 01 jan. 2022.

BELO HORIZONTE. Bairros de Belo Horizonte 2010. **Mapa da Bacia Hidrográfica da Pampulha.** Disponível em: < <file:///E:/Mapa%20dos%20bairros%20de%20Belo%20Horizonte.pdf> >. Acesso em: 02 de jan. 2022

BELO HORIZONTE. Secretaria de Obras e Infraestrutura; Conselho Municipal de saneamento. **O saneamento em Belo Horizonte: realidade atual, desafios e perspectivas de avanço.** In: 5ª CONFERÊNCIA MUNICIPAL DE SANEAMENTO, 15 de dezembro 2018, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <[https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/obras-e-infraestrutura/2018/documentos/Apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_5%C2%AA%20COMUS\\_FINAL.pdf](https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/obras-e-infraestrutura/2018/documentos/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_5%C2%AA%20COMUS_FINAL.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Parque dona clara na regional Pampulha vai receber vereadores.** Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2017/05/parque-dona-clara-na-regional-pampulha-vai-receber-vereadores>>. Acesso em: 01 jan. 2022.

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA RIO DAS VELHAS. **Poluição ainda desafia Lagoa da Pampulha.** Disponível em: < <https://cbhvelhas.org.br/noticias/poluicao-ainda-desafia-lagoa-da-pampulha/> >. Acesso em 01 jan.2022

CONSÓRCIO DE RECUPERAÇÃO DA BACIA DA PAMPULHA. **Águas da Pampulha.** Disponível em: < <http://aguasdapampulha.org/> >. Acesso em: 13 de jan. 2022.

CONTAGEM. **Plano Municipal de Saneamento Básico de Contagem.** 2013. Disponível em: <<http://www.contagem.mg.gov.br/arquivos/legislacao/pmsb-28-02-2013.pdf>>. Acesso em: 02jan. 2022.

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO (a). **Aeroporto de Belo Horizonte – Pampulha – Carlos Drummond de Andrade: características.** Disponível em: < <https://www4.infraero.gov.br/aeroportos/aeroporto-de-belo-horizonte-pampulha-carlos-drummond-de-andrade/sobre-o-aeroporto/caracteristicas/> >. Acesso em: 02 jan. 2022.

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO (b). **Aeroporto de Belo Horizonte – Pampulha – Carlos Drummond de Andrade: histórico.** Disponível em: <https://www4.infraero.gov.br/aeroportos/aeroporto-de-belo-horizonte-pampulha-carlos-drummond-de-andrade/sobre-o-aeroporto/historico/>. Acesso em: 07 jan.2022.

ESTADO DE MINAS. BH, **Contagem e Copasa trabalharão juntas para salvar Lagoa da Pampulha**. 2021. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/09/24/interna\\_gerais,1308647/bh-contagem-e-copasa-trabalharao-juntas-para-salvar-lagoa-da-pampulha.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/09/24/interna_gerais,1308647/bh-contagem-e-copasa-trabalharao-juntas-para-salvar-lagoa-da-pampulha.shtml)>. Acesso em 08 jan. 2022

FRANCISCO, Carla Helena. **Diagnóstico da condição de saneamento e qualidade das águas dos contribuintes do reservatório da Pampulha**. 2018. 61 f. Dissertação(Especialização) – Universidade Federal de Minas Gerais, Especialização em Gerenciamento de Recursos Hídricos, Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BCCPBC/1/monografia\\_karla\\_ufmg.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BCCPBC/1/monografia_karla_ufmg.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Brasil – **Minas Gerais – Belo Horizonte: panorama**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/belo-horizonte/panorama>>. Acesso em: 07 jan. 2022.

LEI.A. **Lagoa da Pampulha: de bebedouro a reservatório de toxinas**. Disponível em: <<https://leia.org.br/lagoa-da-pampulha-de-bebedouro-a-reservatorio-de-toxinas/>>. Disponível em: 12 jan. 2022.

LEMONS, Rodrigo Silva. **A evolução do uso e ocupação em uma bacia hidrográfica urbana e suas consequências para a qualidade ambiental: reflexões a partir do caso da Lagoa da Pampulha**, Região Metropolitana de Belo Horizonte. 2014. Disponível em:<http://anpur.org.br/app-urbana-2014/anais/ARQUIVOS/GT2-287-94-20140529222744.pdf>>. Disponível em: 10 jan. 2022.

MARÍLIA CAMPOS. **A Pampulha é uma bacia hidrográfica, em BH e Contagem, com 507 nascentes, 44 córregos e onde vivem 400 mil pessoas**. Disponível em: <<http://www.mariliacampos.com.br/secao/a-pampulha-e-uma-bacia-hidrografica-em-bh-e-contagem-com-507-nascentes-44-corregos-e-onde-vivem-400-mil-pessoas#:~:text=A%20Bacia%20da%20Pampulha%20%C3%A9,507%20nascentes%20nas%20duas%20cidades.&text=Os%20principais%20tribut%C3%A1rios%20da%20represa,microbacias%20do%20c%C3%B3rrego%20%C3%A9u%20Azul>>. Acesso em: 11 de jan. 2022

SITE CONCILIAÇÃO. **Prefeitura de BH anuncia licitação de R\$ 270 milhões contra inundações**. Disponível em: <https://conlicitacao.com.br/noticias/prefeitura-de-bh-anuncia-licitacao-de-r-270-milhoes-contrainundacoes/>>. Acesso em: 11 de jan. 2022

## **O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO CRIADA PELA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021**

**ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES ARAGÃO FILHO:**  
Procurador do Estado do Tocantins. Especialista em  
Direito Civil e em Direito Processual Civil.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar o diálogo competitivo, nova modalidade de licitação introduzida pela Lei nº 14.133/2021. A metodologia do trabalho foi pautada na consulta de explicações científicas que elucidassem os conceitos envolvidos na discussão.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Lei nº 14.133/2021; Licitação; Diálogo competitivo.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito, objetivos e princípios do processo licitatório à luz da Lei nº 14.133/2021. 3. Modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021. 4. Diálogo competitivo. 5. Conclusão. 6. Referências.

### **1. Introdução**

O presente artigo visa a realizar um estudo sobre o diálogo competitivo, modalidade licitatória criada com a edição da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações).

Primeiramente, expõe-se o conceito, os objetivos e os princípios da licitação, conforme as disposições da Nova Lei de Licitações, com destaque para os princípios da participação e da consensualidade, de forma a contextualizar adequadamente o objeto do presente estudo.

Em seguida, é feita breve incursão sobre todas as modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133, com as respectivas definições e elucidação de que critério de escolha entre elas é o conteúdo do futuro contrato.

Por fim, examina-se o diálogo competitivo, dissertando-se sobre o conceito, a inspiração no direito estrangeiro, as hipóteses de aplicação, as regras do procedimento e a distinção entre a nova modalidade e outros institutos constantes da Lei nº 14.133/2021.

### **2. Conceito, objetivos e princípios do processo licitatório à luz da Lei nº 14.133/2021**

Segundo Carvalho Filho (2020, p. 465, grifo no original), a licitação é conceituada como

*o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com*

*dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.*

É a própria Constituição Federal que impõe à Administração a obrigatoriedade, como regra, de licitar, conforme art. 37, XXI, da CRFB/1988.

A Constituição Federal, no seu art. 22, XXVII, também estabeleceu que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. No exercício dessa competência, foi editada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que veicula, portanto, normas gerais de licitação e contratos. Destaque-se que o art. 193 da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) revoga as seguintes normas:

- a) Arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993, na data de sua publicação;
- b) A Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial de sua publicação.

Cumprir frisar que o art. 191, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, facultou aos administradores públicos optar entre a aplicação na Nova Lei de Licitações ou a manutenção dos regimes jurídicos tradicionais de licitação, durante o prazo de 2 (dois) anos, a contar da data de publicação da Nova Lei.

Enfatize-se que o gestor deve indicar expressamente a opção feita no edital, aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada de leis (art. 191, *caput*, da Lei nº 14.133/2021).

Apesar da atual vigência simultânea de vários diplomas legais tratando sobre licitações, o escopo do presente trabalho se limita à análise de modalidade licitatória criada pela Lei nº 14.133/2021 (diálogo competitivo), motivo pelo qual serão examinados aspectos pertinentes apenas à Nova Lei de Licitações.

Nessa senda, conforme o art. 11 da Lei nº 14.133/2021, os objetivos da licitação são os seguintes:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Verifica-se que a seleção da melhor proposta é apenas uma parcela dos objetivos visados pela Administração com o processo licitatório. Além disso, os critérios de aferição da proposta vencedora devem levar em consideração a efetiva vantajosidade do resultado gerado à Administração, não sendo mero formalismo na busca pelos menores preços.

Destaque-se ainda a função regulatória da licitação, por meio da qual o certame não se presta apenas a atender às necessidades materiais da Administração Pública, tendo o papel também de influenciar os comportamentos dos agentes de mercado, na medida em que tem como objetivo incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional.

O rol de objetivos do art. 11 da Lei nº 14.133/2021 permite concluir que o novo diploma legal concedeu elevada importância à eficiência e à sustentabilidade das contratações públicas, o que se desprende da preocupação do legislador com o ciclo de vida do objeto e com a prevenção da prática de sobrepreço, superfaturamento e preços manifestamente exequíveis (OLIVEIRA, 2021b, p. 2).

No que concerne aos princípios, o art. 5º da Lei nº 14.133/2021 prevê:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nota-se facilmente que a Nova Lei de Licitações ampliou o rol de princípios que eram previstos na Lei nº 8.666/1993. Oliveira (2021b, p. 11) critica a opção legislativa, afirmando que

[...] o alargamento do rol de princípios não era necessário, em razão do seu caráter exemplificativo. Vale dizer: o rol de princípios expressos não afasta, naturalmente, outros princípios aplicáveis à

Administração Pública, tal como ocorre, por exemplo, com o princípio do formalismo moderado que, apesar de não constar expressamente do art. 5º, deve ser observado nas licitações e contratações públicas, conforme demonstra o art. 12, III, da Lei 14.133/2021.

Assim, além dos princípios expressamente previstos no art. 5º da Nova Lei de Licitações, a licitação, por constituir processo administrativo, deve se submeter a todos os princípios, explícitos ou implícitos, aplicáveis à Administração Pública.

Dito isso, cumpre destacar os princípios da participação e da consensualidade. Segundo esses princípios, a Administração deve priorizar a utilização de mecanismos de participação popular na elaboração de normas, no planejamento de suas ações e na tomada de decisões administrativas, bem como incrementar o uso de meios consensuais de atuação administrativa (OLIVEIRA, 2021a, p. 45).

Nesse contexto, o diálogo competitivo é concretização da busca por uma Administração Pública consensual e dialógica, uma vez que, nessa modalidade licitatória, a iniciativa privada participa ativamente na formulação de soluções que visam ao atendimento do interesse público (ZAGO, 2021).

Traçado o quadro geral do processo licitatório, examinam-se a seguir as modalidades licitatórias instituídas pela Lei nº 14.133/2021.

### **3. Modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021**

O art. 28 da Lei nº 14.133/2021 elenca 5 (cinco) modalidades de licitação:

Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

Verifica-se que a Nova Lei de Licitações não prevê as modalidades tomada de preços e convite, previstas na Lei nº 8.666/1993. Além disso, o diploma legal criou nova modalidade licitatória: o diálogo competitivo.

As modalidades estão definidas em incisos XXXVIII a XLII do art. 6º da Nova Lei:



Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

Nota-se, portanto, que o critério distintivo entre as diferentes modalidades é o conteúdo do futuro contrato a ser celebrado pela Administração, e não o valor estimado da contratação. Apesar disso, os requisitos de utilização do diálogo competitivo possivelmente o direcionarão para contratos de maior vulto (OLIVEIRA, 2021b, p. 189).

Apesar de o valor estimado da contratação não ser relevante para a escolha da modalidade licitatória, o valor estimado continua tendo importância prática, uma vez que influi na definição de hipóteses de licitação dispensável (art. 75, I e II), na classificação das propostas (art. 59, § 4º), no planejamento do processo licitatório (art. 18, IV) etc.

Enfatize-se que o administrador público está adstrito às modalidades legalmente previstas, sendo-lhe vedada a criação de outras modalidades ou ainda a sua combinação (art. 28, § 2º, da Lei nº 14.133/2021).

Apresentadas as modalidades previstas no novo diploma legal, passa-se à análise do diálogo competitivo.

#### 4. Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021).

Essa modalidade tem inspiração estrangeira, mais especificamente na figura do *diálogo concorrencial*, prevista na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

O artigo 1º, 11, c, da Diretiva 2004/18/CE prevê a definição do diálogo concorrencial (UNIÃO EUROPEIA, 2004, grifos acrescentados):

Artigo 1.º

Definições

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, aplicam-se as definições dos n.ºs 2 a 15:

[...]

11. c) «**Diálogo concorrencial**» é o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que **a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias**

**soluções aptas a responder às suas necessidades** e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta.

Para efeitos do recurso ao procedimento previsto no primeiro parágrafo, **um contrato público é considerado como «particularmente complexo», quando a entidade adjudicante:**

- **não está objetivamente em condições de definir os meios técnicos [...] capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objectivos, e/ou**
- **não está objetivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projecto;**

Por zelo, destaque-se que a Diretiva 2004/18/CE foi substituída pela Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, que trata dos contratos públicos e revoga a Diretiva 2004/18/CE (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Fortini (2018) afirma que os Estados Unidos também se valem de procedimentos nos quais a seleção de propostas é feita mediante negociação, em que se busca o melhor valor (e não exclusivamente o menor preço).

Conforme Meerholz (2021), a instituição dessa modalidade licitatória representa

o reconhecimento de que a Administração Pública, por seu quadro próprio, por vezes não dispõe de todas as informações necessárias para delimitar a contratação que melhor atenda ao interesse a ser satisfeito na contratação. Tal condição é reconhecida pelas hipóteses em que se admite recorrer ao diálogo competitivo.

Assim, o diálogo competitivo parte da premissa de que a Administração Pública, por vezes, não dispõe da *expertise* necessária para elaborar a melhor solução às suas necessidades, valendo-se da eficiência e do conhecimento presentes em agentes de determinado segmento do mercado.

A teor do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, a nova modalidade somente será utilizada nas seguintes hipóteses:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Verifica-se, portanto, que o diálogo competitivo deve ser utilizado para contratações complexas, nas quais a busca pela melhor solução é realizada mediante discussões com a iniciativa privada ao longo do procedimento licitatório.

O art. 32, § 1º, da Lei nº 14.133/2021 estabelece o procedimento a ser seguido:

Art. 32. § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

Ressalte-se a previsão do inciso IV do dispositivo supratranscrito, que impõe um ambiente de confidencialidade, de modo a incentivar um diálogo com máxima transparência entre a iniciativa privada e a Administração Pública. O inciso XI do dispositivo reforça o dever de confidencialidade, ao dispor que os profissionais contratados para assessoramento técnico da comissão de contratação assinarão termo de confidencialidade

e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses (art. 32, § 2º, da Lei nº 14.133/2021).

Em síntese, o diálogo competitivo busca enfrentar os desafios surgidos para a Administração por meio de uma troca de informações com a iniciativa privada. Confiando na *expertise* de agentes de determinado segmento de mercado, a Administração cria um espaço de discussões, com a finalidade de construir alternativas ou soluções que melhor atendam aos problemas às necessidades administrativas e, em última análise, ao interesse público.

Como último ponto, é necessário cotejar a nova modalidade licitatória com alguns institutos previstos na Nova Lei de Licitações que possuem semelhanças com o diálogo competitivo.

O diálogo competitivo não se confunde com o procedimento de manifestação de interesse (PMI), apesar de, em ambos os procedimentos, a Administração realizar interlocução com particulares na busca por soluções inovadoras (ZAGO, 2021).

O PMI é procedimento auxiliar das licitações e contratações, não se confundindo com o processo licitatório em si (art. 78, III, da Nova Lei). Além disso, no PMI o diálogo entre o setor privado e a Administração ocorre na fase de estudos, compondo a fase preparatória da licitação (art. 18 da Lei nº 14.133/2021). Com efeito, eis a dicção do art. 81, *caput*, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

O diálogo competitivo, por sua vez, compõe a fase externa da licitação, na qual existe efetiva competição pelos licitantes, que buscam oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração.

Zago (2021) também estabelece uma intersecção entre o diálogo competitivo possivelmente e a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Segundo a autora, a nova modalidade reduz o campo de aplicação da inexigibilidade (ZAGO, 2021), uma vez que



[...] a partir da previsão do diálogo, muitas situações que, outrora, seriam enquadradas como inexigibilidade, poderão agora ser enquadradas no procedimento de diálogo competitivo.

[...] com o encerramento da fase de competição, poderemos ter situações em que haverá apenas uma empresa habilitada na fase de diálogo capaz de oferecer a solução escolhida na fase competitiva. Ainda que o diálogo competitivo seja estruturado em duas fases, poderá haver situações em que restará apenas uma proponente apta a apresentar a solução escolhida.

Por fim, convém distinguir o diálogo competitivo da contratação integrada.

O art. 6º, XXXII, da Lei nº 14.133/2021 define a contratação integrada como o regime contratual em que o contratado é responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo, além de executar as obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais, bem como todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Segundo Zago (2021), esse regime contratual visa aproveitar a expertise da iniciativa privada na elaboração do projeto básico e executivo. Assim, o diálogo competitivo quanto a contratação integrada se aproximam no aspecto de serem institutos que buscam aumentar a eficiência da atuação administrativa utilizando a flexibilidade e especialização de agentes de determinado segmento de mercado.

No entanto, a contratação integrada é regime de execução contratual (art. 46, V, da Nova Lei) que busca aproveitar a eficiência de agentes de mercado na elaboração de soluções, ao mesmo tempo em que aloca a responsabilidade desses projetos ao particular (art. 133 da Nova Lei), enquanto o diálogo competitivo consubstancia o procedimento licitatório em si, que é realizado, portanto, *antes* da celebração do contrato.

## 5. Conclusão

A criação do diálogo competitivo é resultado de uma Administração Pública que se pretende cada vez mais consensual e dialógica, pois, nessa modalidade licitatória, a iniciativa privada participa ativamente na discussão e formulação de soluções que visam ao atendimento do interesse público.

Conforme art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de

atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Essa modalidade tem inspiração estrangeira, mais especificamente na figura do *diálogo concorrencial*, prevista na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

A partir das hipóteses de cabimento do diálogo competitivo (art. 32 da Lei nº 14.133/2021), depreende-se que essa modalidade de licitação deve ser utilizada para contratações complexas, nas quais a busca pela melhor solução é feita mediante discussões com a iniciativa privada ao longo do procedimento licitatório.

Com efeito, o diálogo competitivo parte da premissa de que a Administração Pública, por vezes, não dispõe da *expertise* necessária para elaborar a melhor solução às suas necessidades, podendo se valer da eficiência e conhecimento presentes em agentes de determinado segmento do mercado.

Por fim, apesar de o diálogo competitivo se aproximar de outros institutos definidos na Lei nº 14.133/2021 (como o procedimento de manifestação de interesse e a contratação integrada), consigne-se que ele possui contornos próprios, representando verdadeira novidade no ordenamento jurídico pátrio, sendo também relevante notar que essa modalidade de licitação tem o potencial de reduzir o campo de aplicação da contratação direta por inexigibilidade.

## 6. Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 116, de 17 de fevereiro de 2022. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º de abr. 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FORTINI, Cristiana. **O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17.** Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417#_ftn3)>. Acesso em: 16 mar. 2022.

MERHOLZ, André. **O diálogo competitivo na nova Lei de Licitações.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/meerholz-dialogo-competitivo-lei-licitacoes>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

ZAGO, Marina Fontão. **Diálogo competitivo: diferenças e semelhanças com outros institutos.** Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-diferencas-e-semelhancas-com-outros-institutos-06062021>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

## A COBERTURA DA FERTILIZAÇÃO IN VITRO PELOS PLANOS DE SAÚDE.

**LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO**

**Resumo:** O artigo analisa a inclusão da cobertura do procedimento de fertilização in vitro nos planos básicos de saúde. Preliminarmente, serão expostos os entendimentos sobre a competência jurisdicional para as ações envolvendo os planos de saúde. Posteriormente, serão examinados os precedentes judiciais sobre a matéria. O trabalho adotou o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chaves:** Planos de saúde. Competência jurisdicional. Inseminação artificial. Fertilização in vitro. ANS. STJ. Contratos securitários. Equilíbrio financeiro. Atuária.

**Abstract:** The article analyzes the inclusion of coverage of the in vitro fertilization procedure in basic health plans. Preliminarily, the understandings on jurisdictional competence for actions involving health plans will be exposed. Subsequently, the judicial precedents on the matter will be examined. The work adopted the hypothetical-deductive method, with bibliographic and jurisprudential research.

**Keywords:** Health insurance. Jurisdictional competence. Artificial insemination. In vitro fertilization. ANS. STJ. Insurance contracts. Financial balance. actuary.

**Sumário:** 1.Introdução. 2.Competência Jurisdicional para litígios entre usuários e operadoras de planos de saúde. 3.Inseminação artificial e Fertilização in vitro. 4. Inclusão na cobertura dos planos de saúde na visão do STJ. 5. Conclusão.

### 1-Introdução

O presente trabalho analisa o entendimento jurisprudencial acerca da inclusão da técnica de fertilização in vitro na cobertura dos planos de saúde. Inicialmente, será analisada a competência jurisdicional para as ações envolvendo os planos de saúde. Em seguida, o artigo adentra na extensão da cobertura dos seguros saúde para procedimentos não previstos expressamente em suas cláusulas. Para tanto, serão examinados com profundidade julgados oriundos dos tribunais superiores sobre a fertilização in vitro, expondo as diferentes visões que cercam o tema.

### 2-A Competência Jurisdicional para os litígios entre usuários e operadoras.

Os seguros saúde no Brasil são bastante demandados judicialmente, exigindo investimentos maciços na estruturação de seus departamentos jurídicos. Como regra, a competência entre usuários e operadoras é da justiça comum estadual, com a regência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por se qualificar como atividade securitária prevista no seu artigo 3º, §2º.

No entanto, uma quantidade considerável de planos de saúde são operados pelas empresas para servirem seus empregados. Nessa situação, é relevante definir qual a justiça competente para as ações judiciais. Os tribunais do trabalho, sempre ávidos por estenderem sua competência, consideravam de sua alçada decidir tais litígios. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça fixou balizas objetivas para a divisão da competência nesses casos.

No julgamento do conflito de competência nº 165.863/SP, da relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o STJ decidiu pela competência da justiça comum para as demandas entre usuário e operadora, exceto quando o plano é organizado na modalidade de autogestão empresarial, sendo operado pela própria empresa contratante do trabalhador, hipótese em que a competência é da justiça do trabalho.

A modalidade de autogestão retira o plano de saúde do raio de incidência do CDC, já que não possui finalidade lucrativa e não é ofertado no mercado de serviços. Ele é regulamentado pela Resolução Normativa nº 137/2006 da ANS.

Antes de iniciar o julgamento, a Ministra Nancy Andrigui sugeriu a afetação de processos da classe dos conflitos de competência, pois, nessa classe originária, a cognição do STJ não fica limitada ao conhecimento de uma questão federal infraconstitucional, como ocorre na competência recursal do art. 105, inciso III, da CF, relativa ao recurso especial.

A sugestão da Min. Nancy Andrigui foi acolhida, tendo sido afetado o conflito de competência, de modo a permitir o enfrentamento da controvérsia sob o aspecto constitucional.

Assim, a afetação de um recurso especial em conflito de competência permitiu à corte se debruçar sobre as questões constitucionais envolvidas, especialmente as disposições do art. 114 da CF/88. O caso foi julgado na sistemática do Incidente de Assunção de Competência nº 5, fixando-se tese para os efeitos do art. 947, §3º, do Código de Processo Civil, a fim de vincular todos os juízes e órgãos fracionários, ressalvada a revisão de tese.

A jurisprudência do STJ, com fundamento na autonomia do contrato de plano de saúde em relação ao contrato de trabalho, passou a manifestar o entendimento de que a competência seria da Justiça comum, mesmo na hipótese de autogestão empresarial, modalidade em que a operação do plano de saúde é realizada pelo departamento de recurso humanos da própria empresa que contratou o trabalhador, nos moldes do art. 2º, inciso I, da Resolução Normativa 137/2006 da ANS.

Após o surgimento da Lei nº 9.656/1998, que regulamentou os planos de saúde, da Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS, e da Lei nº 10.243/2001, que conferiu nova redação ao § 2º do art. 458 da CLT, a Saúde Suplementar, incluídas as autogestões, adquiriu autonomia em relação ao Direito do Trabalho, visto possuir campo temático, teorias e princípios específicos.

O art. 458, § 2º, IV, da CLT, incluído pela Lei nº 10.243/2001, é expresso em dispor que a assistência médica, hospitalar e odontológica concedida pelo empregador, seja diretamente ou mediante seguro-saúde, não será considerada salário.

Conforme ponderou o relator do CC 165.863/SP, Min. Paulo de Tarso:

“Em virtude da autonomia jurídica, as ações originadas de controvérsias entre usuário de plano de saúde coletivo e entidade de autogestão (empresarial, instituída ou associativa) não se adéquam ao ramo do Direito do Trabalho, tampouco podem ser inseridas em outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, previstas no art. 114, IX, da CF, sendo, pois, predominante o caráter civil da relação entre os litigantes, mesmo porque a assistência médica não integra o contrato de trabalho.

A demanda de ex-trabalhador que discute a conduta da ex-empresa empregadora, na qualidade de operadora de plano de saúde (modalidade autogestão), como a negativa de mantê-lo no plano coletivo original, deverá tramitar na Justiça Comum estadual (e não na Justiça do Trabalho) em razão da autonomia da Saúde Suplementar, da não integração da referida utilidade no contrato de trabalho, do término da relação de emprego e do caráter cível do tema.”

Após a formação desse precedente, a única hipótese em que a competência foi mantida na Justiça do Trabalho são as ações em face de planos de saúde na modalidade de autogestão, com regras previstas em contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva.

É o caso, por exemplo, do Programa de Assistência Multidisciplinar de Saúde - AMS, operado pela Petrobras e disciplinado em acordo coletivo de trabalho, caso em o STJ decidiu pela competência da Justiça do Trabalho,

Observa-se nesse precedente que a jurisprudência não tem feito distinção quanto ao fato de figurar na demanda trabalhador ativo, inativo ou dependente do trabalhador.

Fazendo um paralelo com a previdência complementar, consta precedente do STF, onde prevaleceu a posição da Min. Ellen Gracie no sentido de se firmar um critério



objetivo para fixação da competência da Justiça comum, independentemente da existência da norma no contrato de trabalho acerca do plano de previdência complementar. Reafirmou-se a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. (RE 586453, julgado em 2013).

O STF chegou à compreensão de que a competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho e a inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que excepciona, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da CF.

Conforme o Min. Paulo de Tarso assentou em seu voto no CC nº 165.863/SP:

“Ora, se a finalidade de um precedente qualificado é justamente produzir fácil ressonância, isto é, ser replicado em outros casos concretos, um critério excessivamente subjetivo não atende a essa finalidade, não merecendo ser adotado.”

O STF adotou o critério objetivo da autonomia da previdência complementar em relação ao contrato de trabalho, com base no art. 202, § 2º, da Constituição, fixando-se a competência na Justiça comum, ainda que o contrato de trabalho disponha sobre previdência complementar.

O art. 202, § 2º, da CF assim dispõe:

“As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes”.

Desta forma, conforme o entendimento do relator do CC nº 165.863/SP:

“Porém, à falta de uma norma constitucional análoga à regra do art. 202, § 2º, da Constituição, versando sobre saúde suplementar, não me parece viável excepcionar as regras de competência enunciadas no art. 114 da Constituição. A solução, portanto, é buscar um outro critério objetivo.

A ex-empregadora não figura na relação contratual como mera estipulante, que contrata através de terceiro (operadora de plano de saúde) benefício em favor dos seus empregados. Em verdade, a recorrente mantém o próprio plano de saúde em favor de seus empregados (modalidade de autogestão), razão pela qual a discussão acerca do direito do

recorrido de ser mantido no plano de saúde possui relação direta com o contrato de trabalho extinto, impondo-se a competência da Justiça do Trabalho.”

Por sua vez, a cognição da Justiça do Trabalho não é limitada à aplicação da legislação trabalhista, podendo abranger também a aplicação legislação comum, inclusive as normas de regulação dos planos de saúde, desde que a demanda seja decorrente da relação de trabalho.

O relator pontuou:

“Observe-se, porém, que o fato de a assistência à saúde não integrar o salário não implica, necessariamente, que ela não integre o contrato de trabalho, pois o objeto deste não se limita à mera fixação do salário do trabalhador.”

Nesse sentido, assim dispõe o art. 444 da CLT:

“Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Em conclusão, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino assentou em seu voto no CC nº 165.863/SP:

“Ora, sendo livre a estipulação do conteúdo do contrato de trabalho, o fato de a assistência à saúde não ser considerada salário indireto não impede que ela integre, expressa ou tacitamente, o contrato de trabalho. Aliás, esse é o caso do já mencionado plano da Petrobras e da CEF, ambos previstos em acordo coletivo de trabalho.

Em conclusão, com esses fundamentos, propõe-se retomar o entendimento jurisprudencial que há pouco tempo prevalecia nesta Corte Superior, conforme julgados citados na parte inicial deste voto, primando assim pela segurança jurídica na definição da competência. Estando definida a competência da Justiça do Trabalho, a competência da Justiça comum se estabelece naturalmente *a contrario sensu*, por se tratar de competência residual.”

Assim, à unanimidade, foi fixada a tese de que compete à justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte

trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador. Como visto, a tese se aplica às causas em que o trabalhador aposentado busca manter-se filiado ao plano de saúde da empresa.

O precedente vinculante do STJ consubstanciado no IAC nº 05 foi julgado em junho de 2020. Contudo, até dezembro de 2021 os tribunais trabalhistas mantiveram a competência da justiça especializada na matéria, conforme os precedentes colacionados abaixo:

“Nos termos do art. 114, I, da Constituição da República, compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. No caso em análise, a demanda versa sobre as condições de prestação de plano de saúde contratado pelo empregador, que decorre da relação de emprego que existiu entre empregado e seu ex-empregador, sendo incontroversa a competência desta Especializada para apreciação e julgamento do feito. O direito à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições de cobertura assistencial de que a empregada gozava quando da vigência do contrato de trabalho, atribuindo à obreira apenas o pagamento integral do valor da mensalidade após o término da relação empregatícia, atende ao comando sentencial, já transitado em julgado, assim como as disposições insertas no art. 30 e 31 da Lei 9.656/98. (TRT-7 - Agravo de Petição nº 00007166020175070018. DJ de 23/06/2021).”

“Resta pacífico o entendimento de que esta Justiça é competente para o julgamento de demandas decorrentes de contrato de trabalho, em que se reclama a prestação de plano de saúde contratado pelo empregador, mormente quando a demandada reconhece que o referido plano é oferecido aos empregados, ativos e inativos, além de seus dependentes, nos termos do regulamento empresarial, na modalidade de Autogestão por RH. Recurso não provido. (TRT-13 - Recurso Ordinário Trabalhista nº 00001210520215130002. DJ de 10/12/2021.)”

No mesmo sentido, há precedentes do TRT de MG nos anos de 2020 e 2021. No entanto, a partir de dezembro de 2021, o tribunal passou a adequar-se ao novo entendimento do STJ, conforme decisão no processo nº 0010103-83.2021.5.03.0111 publicada em 06/12/2021 em seu website:

“Justiça do Trabalho remete à Justiça Federal processo sobre manutenção de plano de saúde não regulado por contrato de trabalho ou norma coletiva.

A decisão se baseou em tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) proposto no Recurso Especial nº 1799343/SP, o qual resultou no Tema – IAC nº 5, nos seguintes termos: "Compete à Justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador".

Pende no Tribunal Superior do Trabalho recursos para análise do mesmo tema. Caso o TST entenda por manter a competência na justiça especializada, divergindo do STJ, a questão deverá ser dirimida pelo STF, nos moldes do art. 102, I, "o", da CF/88.

### 3-Inseminação Artificial e Fertilização in vitro.

O STJ decidiu que a vedação à inseminação artificial estende-se igualmente à fertilização in vitro, não havendo necessidade de que essa proibição conste expressamente no contrato. Subjacente a este entendimento estão as consequências de uma decisão em sentido contrário, estando essencialmente calcado nos custos dos procedimentos. De fato, o preço médio da inseminação artificial é de R\$ 2.500,00, afora os medicamentos. Por outro lado, a fertilização in vitro custa em média R\$ 25.000,00.

Para o melhor entendimento dos argumentos jurídicos e bioéticos travados nos julgados, serão expostas as principais diferenças das duas técnicas reprodutivas, além de outras técnicas de reprodução assistida.

Em 25 de julho de 1978, nasceu na Inglaterra Louise Brown, o primeiro bebê concebido por inseminação artificial. O feito rendeu ao fisiologista Robert Edwards o Prêmio Nobel de Medicina em 2010, 32 anos após o procedimento.

Por sua vez, o primeiro parto bem sucedido por injeção intracitoplasmática de esperma, também conhecida como fertilização in vitro, ocorreu em 14 de janeiro de 1992. A técnica foi desenvolvida por Gianpiero Palermo, no Centro de Medicina Reprodutiva em Bruxelas. A descoberta foi feita por engano quando um espermatozóide foi colocado no interior do citoplasma.

Na inseminação artificial o processo de ovulação e gestação é inteiramente natural, havendo apenas um auxílio externo para o percurso do espermatozoide. O esperma pode ser inserido diretamente no útero (inseminação intrauterina-IIU), assim como no colo do útero ou nas trompas de falópio.

A infertilidade pode advir da obstrução na passagem do espermatozoides pelo muco cervical, bem como pelo baixo número de espermatozoides, ou ainda pela incapacidade dos espermatozoides de nadarem através do colo do útero e subirem nas trompas de falópio.

A inseminação artificial deve ser precedida de abstinência sexual nos dias que a antecedem, a fim de garantir uma contagem segura de espermatozoides na ocasião do procedimento. O espermatozoides é lavado, separando-se a parte mais ativa por meio de uma centrífuga. Em seguida, um cateter introduz o espermatozoides através do colo do útero. A mulher deve permanecer deitada por alguns minutos para a eficácia do procedimento.

Segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, o Brasil pode ter até 8 milhões de inférteis. A endometriose é umas das principais doenças que impedem a reprodução natural. Ela pode dificultar também a técnica de inseminação artificial, fazendo os casais recorrerem à fertilização in vitro. Esta última técnica reprodutiva é efetivamente artificial, já que a fertilização dos oócitos é feita em laboratório, processo conhecido como bebê de proveta. É utilizado um único espermatozóide para cada óvulo, ao invés de 100.000 no processo natural. O espermatozoides e o óvulo utilizados podem ser do próprio casal ou de doadores, resultando daí os termos homólogo ou heterólogo.

A fertilização in vitro pode ser complementada com a estimulação induzida por medicamentos, como o citrato de clomifeno e tratamento hormonal, que aumentam a fertilidade, ajudando o corpo da mulher a ovular mais óvulos e levando ao desenvolvimento dos folículos ovarianos.

A depender das contingências, outras técnicas podem ser utilizadas para a reprodução assistida, como a cocultura endometrial autóloga, transferência intrafalópica de zigoto e o transplante de útero. Em teoria, o transplante é possível em transgêneros, porém não há casos relatados de sucesso neste procedimento. Já a Eclosão Assistida da Zona é realizada por meio de uma pequena abertura feita na camada externa ao redor do ovo para ajudar a eclodir o embrião.

Cocultura endometrial autóloga é um tratamento possível para pacientes que falharam em tentativas anteriores de fertilização in vitro ou que têm baixa qualidade embrionária. Os óvulos fertilizados da paciente são colocados em cima de uma camada de células do próprio revestimento uterino da paciente, criando um ambiente mais natural para o desenvolvimento do embrião.

Na transferência intrafalópica de zigoto, os óvulos são removidos dos ovários da mulher e fertilizados em laboratório. O zigoto resultante é então colocado na trompa de falópio.

Em muitos casos é necessário um diagnóstico genético antes da implantação, a fim de identificar embriões geneticamente anormais e melhorar os resultados saudáveis. Esse diagnóstico é feito por técnicas de triagem genética, como hibridização fluorescente e comparativa. Esse diagnóstico também detecta a gravidez multifetal, devendo ser seguida da redução seletiva do número de embriões implantados.

A doação mitocondrial é uma forma especial de fertilização in vitro na qual parte do DNA mitocondrial do futuro bebê vem de terceiros. Essa técnica é usada nos casos em que as mães carregam genes para doenças mitocondriais.

Existem ainda técnicas cirúrgicas, como a coleta de esperma diretamente do testículo em um curto procedimento ambulatorial.

Em geral, o termo reprodução assistida não inclui as técnicas de estímulo por medicamentos e a inseminação artificial. Porém, o termo abrange a fertilização in vitro e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Esta última consiste em uma técnica na qual o conteúdo de um óvulo fértil de um doador é injetado no óvulo infértil do paciente junto com o esperma.

Por sua vez, a fertilização in vitro pode ser usada para tratar a infertilidade devido a oligospermia, anticorpos espermáticos, disfunção tubária ou endometriose, bem como infertilidade inexplicada. Neste caso, os oócitos são cultivados por até cinco dias. O uso dessa técnica para mulheres na menopausa ou com parceiros mais velhos é desaconselhado, apesar de não haver consenso no meio científico.

O procedimento de fertilização in vitro tem um custo de mercado até dez vezes superior ao da inseminação artificial. Isso porque ele exige a realização de exames, aplicação de hormônios para estimular os ovários, utilização de ultrassom, análise de qualidade dos ovários, transferência de embriões, preparo do útero e, em alguns casos, congelamento dos embriões excedentes, para criopreservação. A chance de engravidar na fertilização in vitro é de 50%, enquanto a inseminação artificial é de 20%.

As técnicas de reprodução assistida não estão imunes a riscos. São relatados aumentos nos partos prematuros, com problemas de deficiência visual e paralisia cerebral. Já as pacientes podem desenvolver pré-eclâmpsia, com aumento da pressão arterial durante a gestação.

A doação de esperma é uma exceção, com uma taxa de defeitos congênitos de quase um quinto em comparação com a população em geral. Isso pode ser explicado porque os bancos de esperma aceitam apenas pessoas com alta contagem de esperma.



Por outro lado, não existe diferença significativa na frequência de mutações entre fetos concebidos naturalmente e fetos de concepção assistida. Isso sugere que, com relação à manutenção da integridade genética, a concepção assistida é segura.

Em termos de oferta das técnicas de reprodução assistida, a lei assegura a todos o seu acesso no âmbito do sistema público de saúde. No entanto, a espera nos hospitais públicos é longa, fazendo com que os casais recorram ao sistema complementar, por meio de planos de saúde. No entanto, muitos planos não oferecem as técnicas reprodutivas, em especial suas modalidades básicas.

A realidade brasileira é semelhante a de muitos países. No Estados Unidos, muitos habitantes não têm cobertura de seguro para investigações e tratamentos de fertilidade. Alguns estados americanos passaram a exigir a cobertura. A taxa de uso é três vezes maior nos estados que oferecem cobertura completa. Em geral, as companhias de seguro de saúde cobrem apenas o diagnóstico de infertilidade, mas não o custo de tratamento. O procedimento de fertilização *in vitro* nos EUA custa em torno de 40 mil dólares.

O seguro nacional de saúde de Israel, obrigatório para todos os cidadãos israelenses, cobre quase todos os tratamentos de fertilidade. Os custos de fertilização *in vitro* são totalmente subsidiados até o nascimento de dois filhos para todas as mulheres israelenses, incluindo mulheres solteiras e casais de lésbicas. As transferências de embriões para barrigas de aluguel também são cobertas.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que é inconstitucional que as seguradoras de saúde tenham que arcar com apenas metade dos custos da fertilização *in vitro*. Há ainda um subsídio do governo de 25% do valor do tratamento, restando aos pais suportar apenas uma parcela de 25% do custo.

Tanto na Alemanha como na França, o procedimento foi estendido para mulheres solteiras e casais de lésbicas em recentes alterações legislativas.

#### 4- Inclusão na cobertura dos planos de saúde na visão do STJ.

No Brasil, o tema foi objeto de intenso debate por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.794.629/SP em 2020. Nele, o STJ debateu se o art. 10, III, da Lei 9.656/98, ao excluir a inseminação artificial do plano-referência, também deve ser estendido à técnica de fertilização *in vitro*.

A terceira turma concluiu por maioria de 3 x 2 que inseminação artificial compreende a fertilização *in vitro*, além das demais técnicas médico-científicas de reprodução assistida, sejam elas realizadas dentro ou fora do corpo feminino. Apesar de constar na ementa do acórdão alusão ao corpo feminino, existem técnicas reprodutivas

que se aplicam ao corpo masculino. Contudo, considerando a fundamentação do voto condutor, extrai-se que o termo foi utilizado em um contexto abrangente. Restaram vencidos o relator, Ministro Moura Ribeiro, e o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que o acompanhou.

Preliminarmente, é necessário diferenciar infertilidade de esterilidade. Infertilidade traduz-se na diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino ou feminino. Um casal é considerado infértil quando não consegue conceber num período de 12 a 18 meses, sem uso de métodos anticoncepcionais, mantendo relações sexuais frequentes. Já a esterilidade constitui a incapacidade absoluta de fertilização natural. Diz-se que um casal é estéril quando a capacidade natural de gerar filhos é nula.

Para a corrente vencida, encabeçada pelo relator, a interpretação da norma deve ser estrita. Mesmo que exista no contrato de prestação de serviços uma cláusula determinando a exclusão de cobertura do plano para inseminação artificial e outras técnicas de reprodução, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a nulidade de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

O relator fundamentou seu entendimento nas disposições do art. 47 do CDC (as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor) e do art. 423 do CC02 (quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente).

O art. 35-C da Lei nº 9.656/98 prevê a cobertura obrigatória dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar. O planejamento familiar é previsto no art. 226, §7º, da CF/88. Por sua vez, o art. 3º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.263/96, que regulamentou esse dispositivo constitucional, prevê a assistência à concepção e contracepção. Já o art. 9º da lei sobredita dispõe que:

“Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Essas normas são de incidência obrigatória no âmbito do sistema público de saúde, considerando que a saúde é um direito fundamental previsto constitucionalmente. No entanto, a eficácia horizontal no âmbito dos seguros privados colide com outros princípios constitucionais aplicáveis aos seguros privados.

O planejamento familiar tem enfoque no controle de natalidade, com o fornecimento no sistema público de saúde de meios contraceptivos.

O art. 20, §1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS estendeu a disposição do art. 10, III, da Lei 9.656/98 para os demais métodos reprodutivos, nos termos seguintes:

“III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.”

Considerando que a infertilidade é uma doença com código CID, a corrente vencida no STJ entendeu que o contrato padrão de assistência à saúde não poderá excluir da cobertura nenhuma das doenças previstas na classificação internacional da OMS, inclusive câncer, AIDS e qualquer outra doença infecto-contagiosa, na forma do art. 10 da Lei dos Planos de Saúde.

Nas palavras do relator, Min. Moura Ribeiro:

“Chega-se, naturalmente, a essa conclusão porque aquele inciso da LPS diz expressamente inseminação artificial, e tão somente inseminação, nada dizendo acerca de outras técnicas de Reprodução Assistida. Como visto, é conhecida a distinção conceitual de diversos métodos de reprodução assistida. Todavia, referida diversificação de técnicas não importa redução do núcleo interpretativo do disposto no art. 10, III, da Lei dos Planos de Saúde, ao autorizar a exclusão do plano-referência da inseminação artificial.”

Este entendimento conflita com o enunciado nº 20 do CNJ, aprovado na 1ª Jornada de Direito da Saúde, que assim dispõe:

“A inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.”

Conforme Vanessa e Mayara:

“A atual Carta se distinguiu das anteriores ao avançar sobre a mera distribuição de competências executivas e legislativas e apresentar ao mundo jurídico a saúde enquanto direito, entendido na esteira da proposta da Organização Mundial de Saúde, como congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, com superação de um restritivo viés curativo e inclusão de aspectos protetivos e promocionais ao direito fundamental.” (Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões nº 11, março/abril de 2016).

Inaugurando a divergência, que foi seguida pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, a Ministra Nancy Andrigui pontuou em seu voto condutor:

“Acaso acolhida a linha de interpretação eleita pelo voto do I. Relator, a cada novo procedimento científico associado à denominada procriação artificial, então mais uma vez seria compelida a operadora de plano de saúde a dar a respectiva cobertura. Esta não parece ser a solução exegética mais consonante com a Lei dos Planos de Saúde, conforme sua análise sistemática e também com suporte na Agência Nacional de Saúde Suplementar e na Jornada de Direito da Saúde do CNJ.

Não por outra razão que a Resolução Normativa 387/2015 da ANS, que incide na hipótese dos autos, menciona outras técnicas porventura associadas à ideia de inseminação artificial. Não é possível limitar a proibição exclusivamente à inseminação artificial e não a outros métodos artificiais, levando em conta a frágil distinção se a fecundação ocorre intracorpórea ou extracorpórea.”

Em seguida, a Ministra Nancy Andrigui asseverou:

“Respeitosamente, este não parece o critério relevante a definir a interpretação do dispositivo da lei. Vale ainda dizer que relegar a outras áreas do conhecimento a interpretação que deve prevalecer sobre a legislação federal infraconstitucional pode vir a confundir os jogos de linguagem de cada campo científico e, eventualmente, restringir esta Corte Superior na interpretação humanizada e de justiça que resolve conflitos de direito material na sociedade brasileira.”

Aderindo a uma visão consequencialista do tema, a Min. Nancy Andrigui concluiu seu voto nestes termos:

“Vale também ponderar as consequências de uma interpretação como a emprestada pelo I. Relator ao dispositivo legal. Afinal, se a inseminação artificial for vedada e a fertilização in vitro autorizada, quais seriam as razões para os beneficiários de planos de saúde se utilizarem de um procedimento e não de outro, diante do fim último esperado com ambas técnicas científicas (gravidez/fertilidade). Sem ignorar as peculiaridades casuísticas a serem resolvidas pela indicação do profissional médico assistente, quer parecer que o próprio conteúdo da norma estaria esvaziado pelo excesso da restrição interpretativa sugerida pelo voto de relatoria. Isto é, a pretexto de se interpretar restritivamente o rol taxativo o resultado desta exegese seria o próprio estrangulamento da norma ante a hiperespecificação da sua hipótese de incidência. Com todas as vênias, esta também não parece ser a melhor exegese do dispositivo legal.”

Este voto divergente demarcou as balizas que diferenciam a perspectiva do tema nos sistemas público e privado de saúde, uma vez que possuem princípios próprios, conforme assentou a Ministra Nancy Andrigui:

“Por fim, em respeito à judiciosa posição do Ministro Relator, rememoro que, a propósito da Lei 9.236/96, em todos os precedentes desta Turma, foi definido que seu conteúdo normativo diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde. Por essa razão, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de auxílio referente à reprodução assistida na modalidade fertilização in vitro constitui política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela LPS. Esta é a fundamentação de todos os precedentes sobre a matéria.”

Como visto, no julgamento foi exposta a tese de que a infertilidade é uma doença com código CID, e portanto, deve o plano custear a fertilização in vitro, conforme preceituado no art. 10 da LPS, que prevê a cobertura das enfermidades indicada na referida classificação da OMS. No entanto, chegou-se à compreensão de que essa técnica não constitui tratamento, quer para os problemas de saúde, quer contra a infertilidade deles decorrente. Trata-se, isto sim, de alternativa para conseguir engravidar, em que a causa da infertilidade propriamente dita não é enfrentada ou tratada. Por isso mesmo, a Lei nº 9.656/98 exclui expressamente a inseminação artificial do rol dos procedimentos de cobertura obrigatória, nos termos do artigo 10, inciso III.

Contudo, prevaleceu a interpretação sistemática da Lei dos Planos de Saúde, em consonância com os atos administrativos produzidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, não cabendo a aplicação isolada do art. 47 do CDC.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, seguindo a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrigui, asseverou em seu voto:

“A interpretação restritiva que se propõe ao art. 10, III, da LPS, no sentido de que o legislador permitiu a exclusão apenas da inseminação artificial, não se coaduna com a realidade e com os avanços no âmbito da medicina. Do contrário, a cada novo procedimento desenvolvido para a reprodução humana, teríamos duas possibilidades: a) a alteração legislativa para excluir o procedimento do rol de cobertura mínima obrigatória a ser observado pelo plano de saúde ou b) a obrigação da operadora de custear procedimentos cada vez mais complexos e custosos.

Acerca do poder normativo das agências reguladoras, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou:

“Entendo que o Poder Judiciário deve observar o dever de deferência às normas expedidas pelas agências reguladoras, em especial pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Esse dever encontra respaldo na separação dos poderes, no fato de que incumbe ao Poder Executivo tomar decisões na esfera administrativa, de maneira geral, e às agências reguladoras, de modo mais específico, visto que dotadas de expertise técnica para a produção de atos administrativos. Com efeito, no âmbito da saúde suplementar, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os dispositivos legais da Lei dos Planos de Saúde, tem exercido o controle judicial dos atos administrativos produzidos pela ANS em consonância com o dever de deferência.”

Sobre o diálogo com as normas da ANS, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou em seu voto-vista:

“O diálogo com as normas da ANS é fundamental para o ordenamento jurídico e, no caso, não vislumbro ilegalidade que justifique o afastamento dos atos normativos supracitados expedidos pela Agência. Na verdade, entendo que ambas as Resoluções (nº 428/ANS e nº 192/ANS) buscam definir termos amplos e utilizados sem rigor técnico pelo legislador (“inseminação artificial” e



"planejamento familiar"), justamente com o intuito de evitar interpretações que coloquem o consumidor ou a operadora do plano de saúde em posição extremamente desvantajosa."

Esse poder normativo da ANS está em consonância com o entendimento do STF exarado na ADI 4874, julgada em 2018, acerca do poder normativo conferido à ANVISA.

Como visto, a 3º turma do STJ promoveu uma interpretação sistemática e teleológica da Lei dos Planos de Saúde, refutando o simples formalismo da interpretação literal. Prevaleceu no exame da questão a perspectiva relacionada aos custos financeiros decorrentes de um entendimento contrário.

No julgamento seguinte, o STJ aprofundou ainda mais a questão, numa gradação da aplicação da Análise Econômica do Direito. O primeiro julgado analisado ventilou as consequências da decisão. No próximo julgamento, como será visto, preponderou uma análise mais detida dos custos para as operadoras, e conseqüentemente, para a própria viabilidade do serviço no mercado de consumo, na linha da doutrina de Cass Sunstein.

O REsp. 1.794.629/SP, comentado acima, foi julgado pela 3º turma do STJ em 18/02/2020. Dois dias depois, em 20/02/2020, a 4º turma também ocupou-se do tema, no julgamento do Recurso Especial nº 1.823.077/SP. Neste último julgado, houve um aprofundamento da visão consequencialista, minudenciando os critérios atuariais do equilíbrio econômico dos contratos de seguro saúde. Diferentemente do julgamento da 3º turma, o da 4ª turma foi unânime, não havendo divergência.

O relator na 4º turma, Min. Marco Buzzi, asseverou em seu voto condutor:

"A interpretação de controvérsias deste jaez deve ter como norte, além da estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, o objetivo de contemplar, da melhor forma possível, tanto o efetivo atendimento às necessidades clínicas dos pacientes/contratantes, quanto o respeito ao equilíbrio atuarial dos custos financeiros a serem realizados pelas instituições de saúde suplementar."

O Min. Marco Buzzi afirmou em seguida:

"A interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a

própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa salvo expressa previsão contratual.”

O caso objeto do recurso dizia respeito a um diagnóstico de endometriose (CID N° 10-N80.0). Trata-se de enfermidade que atinge de 10% a 15% das mulheres em idade reprodutiva, e dentro desse percentual, aproximadamente 30% tem chances reais de desenvolverem infertilidade.

Sobre essa doença, a Resolução nº 1931/2019 do Conselho Federal de Medicina expõe:

“O endométrio - tecido que reveste o interior do útero - nos períodos menstruais da mulher fica mais espesso para que um óvulo fecundado possa se implantar nele. Quando não há gravidez, esse endométrio que aumentou descama e é expelido na menstruação. Em alguns casos, um pouco desse sangue migra e atinge os ovários ou a cavidade abdominal, causando a lesão endometriótica.”

O Ministério da Saúde, no protocolo clínico e nas diretrizes terapêuticas de tratamento da endometriose, apresenta extensa lista de terapias médicas de enfrentamento da doença, tais como: tratamento clínico com uso de anticoncepcionais orais e tratamento cirúrgico, indicado quando os sintomas são graves, incapacitantes, quando não houver melhora com tratamento empírico com contraceptivos orais ou progestágenos, em casos de endometriomas, de distorção da anatomia das estruturas pélvicas, de aderências, de obstrução do trato intestinal ou urinário.

A Resolução Normativa nº 192/2009 da ANS estabeleceu a cobertura obrigatória dos seguintes procedimentos no planejamento familiar: consulta de aconselhamento para planejamento familiar, atividade educacional para planejamento familiar e implante de dispositivo intra-uterino -DIU. Não há referências à inseminação artificial e fertilização in vitro.

Logo, o planejamento familiar, como indicado acima, possui nítido cariz de controle de natalidade. Nada impede, contudo, que seu escopo seja estendido para a reprodução natural ou assistida. No entanto, não se extrai essa perspectiva das normas atualmente aplicáveis. Interligar a obrigação de custeio da fertilização in vitro quando relacionada ao planejamento familiar, com base no art. 35-C, III, da Lei de Planos de Saúde, não se coaduna à configuração atual da norma.

Sobre esse assunto, o Min. Marco Buzzi pontuou em seu voto:

“Assentado no binômio concernente à necessidade de preservação da saúde do paciente, e a possibilidade de custeio de tratamento

médico, respeitando-se, obviamente, os princípios da boa-fé objetiva e probidade na formação e execução dos contratos, encontrar-se-á o atendimento à legítima expectativa do consumidor ao celebrar o ajuste, bem como a gestão equilibrada dos custos operacionais e financeiros, por parte das entidades de assistência à saúde.”

A propósito, não se olvida do recentíssimo julgamento finalizado no último dia 18/02/2020, proferido nos autos do REsp. nº 1.794.629/SP, redator para acórdão Min. Nancy Andrigui, em que a eg. 3º turma, por maioria de votos, vencidos os e. Ministros Moura Ribeiro e Min. Paulo de Tarso Sanseverino, conferiu provimento ao apelo recursal da instituição de saúde a fim de desobrigá-la ao custeio do tratamento ora questionado. De fato, não há, pois, renovadas venias, lógica que o procedimento médico de inseminação artificial seja, por um lado, de cobertura facultativa - consoante a regra do art. 10, III, da lei de regência - e, por outro, a fertilização in vitro, que possui característica complexa e onerosa - consoante examinamos alhures - tenha cobertura obrigatória.

Permitir interpretação absolutamente abrangente, tal como consignado pelo eg. TJSP - acerca do alcance do termo "planejamento familiar", de modo a determinar cobertura obrigatória da fertilização in vitro, acarretará, inegavelmente, direta e indesejável repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, a prejudicar, sem dúvida, os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde. Além disso, o exame de controvérsias deste jaez exige que a interpretação deve ocorrer de maneira sistemática e teleológica, de modo a conferir exegese que garanta o equilíbrio atuarial do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de procedimento que são, segundo a lei de regência e a própria regulamentação da ANS, de natureza facultativa, salvo, evidentemente, se estiver previsto contratualmente, circunstância inexistência na hipótese dos autos.”

Por fim, o Min. Marco Buzzi assentou em conclusão de voto:

“A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de planos de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.”

Este julgamento da quarta turma foi categórico na análise das consequências da decisão judicial, em detrimento da interpretação meramente literal do texto de lei. Ilustrativamente, veja-se um contrato de seguro saúde com cláusula de cobertura expressa para a fertilização in vitro, silenciando quanto à técnica de inseminação artificial. Neste caso específico, as regras hermenêuticas conduzem à inclusão da inseminação artificial na cobertura, mesmo que ela não conste expressamente no contrato. A interpretação extensiva se baseia nos custos desta técnica, que é 90% menor que a fertilização in vitro.

Por outro lado, o inverso não é verdadeiro. Se o plano cobrir apenas a inseminação artificial, em cláusula objetiva e expressa, sendo silente quanto à fertilização in vitro, não será possível sua extensão hermenêutica para cobrir também este último procedimento, que custa dez vezes mais. Como visto acima, as diferentes técnicas reprodutivas possuem custos diferenciados. Além do CDC, a exegese dos contratos de seguro saúde deve buscar subsídios no art. 421-A do NCC.

Este último julgado da 4ª turma fundamentou-se nos critérios atuariais dos seguros saúde. O estudo da atuária possui métodos matemáticos e estatísticos que transformam incertezas em riscos mensuráveis.

Após a mensuração dos riscos, são estipulados os prêmios a cargo dos segurados para a cobertura dos sinistros. Logo, a extensão judicial para eventos não considerados na previsão de cálculo fará com que os planos entrem em colapso. A saída encontrada para manter o negócio viável será reajustar o valor dos prêmios, fazendo com que os segurados de menor renda desistam da contratação e, conseqüentemente, pressionem o sistema público de saúde.

Semanas antes dos dois julgados comentados, o STJ havia autorizado os planos de saúde individuais e familiares a reajustarem suas mensalidades em decorrência da mudança de faixa etária dos segurados, inclusive dos idosos. Alguns precedentes confirmaram reajustes de até 130% para segurados que completassem 59 anos de idade, bastando a demonstração da viabilidade atuarial. O mesmo entendimento tende a ser aplicado aos planos coletivos de saúde.

Este raciocínio tem como premissa a elevação dos custos dos segurados idosos. A prática revela que nesta faixa etária há um crescimento na demanda pelos serviços de saúde. Logo, mesmo considerando o reajuste nos valores dos prêmios, a elevação nos custos resulta em desproporção entre as mensalidades recolhidas e os desembolsos efetuados pelo plano de saúde. Assim, inverte-se a lógica dos seguros convencionais, onde o cálculo do prêmio é proporcional ao incremento do risco, tais como nos seguros de vida e automotivo.

O Superior Tribunal de Justiça fundamenta essa desproporção entre prêmio e sinistralidade no mutualismo e na solidariedade intergeracional, mantendo-se o descompasso entre a reserva matemática formada pelos segurados idosos e os custos dos serviços de saúde por eles exigidos. Se assim não fosse, o acesso aos planos de saúde dessa camada da população estaria inviabilizado, já que nos últimos dois anos houve redução média de 50% no valor das aposentadorias.

Essa desproporção, no entanto, não pode onerar demasiadamente as camadas mais jovens de segurados, sob pena de a debandada dos planos ocasionar a seleção adversa, tornando o negócio inviável atuarialmente.

A comprovação de conformidade do reajuste por faixa etária com a norma da ANS é feita de forma prévia, por meio da Nota Técnica de Registro de Produtos (NTRP), a cargo de um atuário, com as premissas técnicas do cálculo. A ANS certifica o reajuste por meio deste documento.

Historicamente, a atuária foi desenvolvida de forma paulatina, juntamente com outras áreas da matemática. No século XVIII, o matemático suíço Jacques Bernoulli elaborou a Lei do Acaso, depois denominada Lei dos Grandes Números, uma área da estatística empírica. Em 1816, o matemático francês Pierre Simon Laplace estudou os fenômenos aleatórios.

O progresso estatísticos foi conjugado com as ferramentas da atuária, a exemplo da tábua de vida do astrônomo Edmond Halley. Os cálculos atuariais passaram a contar com modelos preditivos avançados. Antes tidos como imprevisíveis, as doenças e acidentes de uma amostra de segurados passaram a ter previsibilidade tanto na sua ocorrência quanto nos seus custos.

Os cálculos atuariais dos seguros saúde utilizam provisões mensais, mensalidades estocásticas e postecipadas, frequência de utilização (divisão do número de sinistros pelo número de expostos), carregamentos, média de severidade dos sinistros, desvio padrão da frequência e agrupamento dos eventos e serviços ofertados (consultas, internações, diagnoses), além de técnicas de regressão linear. Estes dados visam calcular a Margem de Segurança Estatística aplicada ao plano de saúde, conferindo-lhe sustentabilidade financeira a longo prazo.

Essa aderência à previsibilidade levou as ferramentas da atuária para distintos campos do saber, como a previsão da reincidência de criminosos, em especial em crimes sexuais.

A atuária não se aplica apenas aos seguros privados de saúde. O sistema público igualmente utiliza essa técnica para a alocação eficiente de recursos orçamentários. No

âmbito do SUS, no entanto, outros desafios se fazem presentes, como a cobertura do déficit nominal por meio da emissão de títulos públicos.

O Banco Mundial e o TCU apontam que o princípio da universalidade previsto no sistema público não possui sustentabilidade atuarial, por conta do crescimento dos gastos de saúde acima do produto interno bruto no período de 2003 a 2017. Referidas instituições recomendam a implantação de redes integradas de atenção à saúde e de fortalecimento da atenção básica. A PEC 45/2021 busca ainda desjudicializar a saúde pública, tornando obrigatória a análise técnica prévia para a incorporação de remédios e procedimentos no âmbito do SUS.

De outro giro, há uma vasta literatura demonstrando o impacto positivo no PIB em decorrência dos investimentos em saúde. No entanto, esses investimentos devem ser sustentáveis, a fim de perdurarem no tempo.

O entendimento do STJ foi reafirmado no mês de outubro de 2020, com o julgamento conjunto pela 2ª Seção dos Recursos Especiais 1.822.420, 1.822.818 e 1.851.062, por meio da sistemática dos recursos repetitivos. Neste julgamento, os argumentos foram repisados, não havendo alteração de entendimento por parte dos ministros integrantes, resultando em apenas dois votos divergentes.

## 5-Conclusão

O artigo expõe as premissas pelas quais o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente pelas 3ª e 4ª turmas, e posteriormente pela 2ª Seção reunida, decidiu pela inviabilidade de estender a cobertura dos planos básicos de saúde para os procedimentos de inseminação artificial e fertilização in vitro.

Preambularmente, o trabalho expôs a competência jurisdicional para a matéria. Em seguida, foi analisada a decisão da terceira turma, que entendeu por maioria pela inviabilidade de obrigar o plano de saúde a cobrir os procedimentos mencionados, com base nas consequências da decisão para o mercado securitário. Em seguida, a quarta turma aprofundou o tema, em julgamento unânime, minudenciando os critérios atuariais que dão sustentabilidade aos seguros saúde. Entendimento similar havia sido tomado semanas antes, no caso do reajuste dos planos de saúde na última faixa etária. Por fim, a 2ª Seção retomou o tema, repisando os mesmos argumentos em precedente qualificado.

Desta forma, foi possível vislumbrar o liame lógico-dedutivo que perfilhou o raciocínio dos integrantes da corte, esteados na viabilidade atuarial dos planos de saúde no mercado de seguros. Pesou igualmente a visão consequencialista da interpretação dos contratos, já que a cada nova técnica de reprodução assistida que despontasse na área



médica, haveria impacto imediato nos planos de saúde, prejudicando a segurança jurídica, a previsibilidade econômica e a própria viabilidade deste modelo de negócio.

#### Referências

Ejan Mackaay e Stephane Rousseau. *Análise Econômica do Direito*. Editora Atlas. 2ª Edição. 2015.

Gustavo Henrique Wanderley de Azevedo. *Seguros, Matemática Atuarial e Financeira*. Saraiva. 1ª edição. 2017.

Julio César Ballerini Silva. *Direito à Saúde na Justiça – Teoria e Prática*. Editora Imperium. 2020.

Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal. *Direito à Saúde*. Revista dos Tribunais. 2020.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Mayara Saldanha Cesar Guimarães Caldas. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões* nº 11, março/abril de 2016.

## OS ATRIBUTOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A BUSCA POR UMA DEFINIÇÃO COM O AUXÍLIO DA LÓGICA

**JOANA SCHMIDT ARTES:**

Mestranda no Núcleo de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo.

**Resumo:** Há muito a doutrina brasileira busca por uma definição de agência reguladora. No entanto, nem o novo marco legal das agências, promulgado em 2019, parece ter trazido uma definição que contenha todas as características dessas autarquias especiais. O presente artigo se vale da Lógica, mais especificamente da Teoria das Classes, para, por meio de operações lógicas de classificação e definição, selecionar os principais atributos a serem considerados quando da definição do conceito de agência reguladora. Para a seleção destes atributos serão analisadas não somente as lições da doutrina brasileira, mas também algumas novas peculiaridades trazidas com a promulgação da Lei Geral das Agências Reguladoras.

**Palavras-chave:** agências reguladoras; definição; classificação; autonomia; lógica jurídica; atributos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sobre classificar e definir: lições epistemológicas da lógica. 3. Dos principais atributos ou características das agências reguladoras. 4. O teste da definição: análise da CVM e do CADE. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

A promulgação de uma lei geral aplicável às agências reguladoras brasileiras poderia ter solucionado um problema que há muito aflige os estudiosos do assunto: afinal, o que é uma agência reguladora? Tal pergunta remonta a uma definição jurídica, ou seja, exercício de elencar os atributos de determinado instituto, neste caso, de um órgão da Administração Pública, as agências reguladoras, de forma a se diferenciar o tratamento que estas recebem no ordenamento jurídico pátrio.

Analisando a Lei Federal nº 13.848/2019, no entanto, nota-se que esta não traz um conceito definido do que seria uma agência reguladora. Logo nos artigos iniciais da Lei das Agências, mais especificamente no artigo 2º, é trazido um rol daquelas que são consideradas “agências reguladoras” para os fins daquele texto legal (e da Lei nº 9.986/2000). O texto, então, considerou, sem grandes surpresas, a Aneel, ANP, Anatel, Anvisa, ANS, ANA, Antaq, ANTT, Ancine, Anac e ANM, em meio a um rol que, à primeira

vista, poderia parecer taxativo. Assim, tratando-se de um rol taxativo, não seriam admitidas novas hipóteses de entidades que seriam consideradas agências reguladoras, sendo abarcadas pela Lei tão somente as onze entidades pontuadas. Todavia, a inserção do parágrafo único ao artigo 2º<sup>46</sup>, parece trazer a possibilidade de que, na verdade, estar-se-ia diante de um rol exemplificativo, de forma que a aplicação da Lei poderia ser estendida a outras autarquias especiais.

A Lei, então, segue em seu artigo 3º trazendo o que à primeira vista parecem ser as características dessas autarquias especiais. No *caput*, fala-se de ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, de autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, de investidura a termo de seus dirigentes e de estabilidade durante os mandatos, “bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”. O parágrafo primeiro traz a necessidade de as agências corresponderem a um órgão setorial, enquanto o parágrafo seguinte qualifica a autonomia administrativa, pontuando quais são os casos em que devem ser realizadas solicitações ao Ministério da Economia, trazendo a possibilidade de conceder diárias e passagens em deslocamentos e de celebrar contratos administrativos. Por fim, o parágrafo terceiro fala da necessidade de adoção de práticas de gestão de riscos e controle interno, elaboração e divulgação de programa de integridade.

A análise dos artigos supramencionados somente comprova que a Lei não traz uma clara definição de agências reguladoras. Apesar de o artigo 3º, *caput*, trazer alguns dos atributos destas autarquias, este, da mesma forma que no artigo 2º, parece deixar em aberto este rol de características. Isto porque, nos parágrafos que seguem o artigo 3º, basicamente comenta-se sobre a autonomia administrativa, de forma também dispersa e superficial.

Neste artigo, pretende-se, então, à luz da Teoria das Classes, ramo da Lógica dedicado à tarefa de classificação, e, ainda, em análise da doutrina brasileira sobre agências reguladoras, elaborar um modelo por meio do qual seja possível destacar os principais atributos dessas autarquias especiais.

Para tanto, primeiramente, será feita uma breve exposição dos instrumentos utilizados para o cumprimento desta missão: as operações lógicas de classificação e definição. Em seguida, pretende-se expor as características que, segundo a doutrina administrativista brasileira, bem como a própria Lei das Agências, conforme já brevemente pontuado nesta introdução, são relevantes para categorizar um ente como agência reguladora, propondo, assim, um modelo ou protótipo de definição. Este modelo

---

<sup>46</sup> Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência.

será, então, colocado em teste por meio de breve análise de outras duas autarquias que em muito se assemelham às agências reguladoras: a CVM e o CADE. Por fim, o modelo de definição será exposto tanto em diagrama com os conjuntos construídos, como em linguagem lógica formalizada.

## **2. Sobre *classificar e definir*: lições epistemológicas da lógica**

Neste tópico será feita uma breve apresentação das operações lógicas de classificação e definição. Isto porque, em concordância com Lucas Galvão de Britto, entende-se que a tomada de consciência sobre os processos de classificação e definição potencializa o desempenho desses processos<sup>47</sup>. Tendo em vista, conforme explicitado acima, que o objetivo principal deste artigo é propor uma definição ao conceito de agência reguladora, definição esta que pretende abarcar as principais características destes entes, enxerga-se a conveniência em se utilizar a lógica como instrumento para tanto. Principalmente as lições da Teoria das Classes, que dissertam, de forma geral, sobre a classe e suas propriedades gerais. Ora, a lógica é uma ferramenta capaz de agraciar um trabalho com rigor científico e metodológico, o que, por si só, já reafirma sua utilidade.

A definição e a classificação são operações lógicas que, por serem muito semelhantes, podem se confundir. No entanto, ambas são fundamentais quando do estudo jurídico, uma vez que o Direito se vale delas para prescrever condutas, implementando, assim, valores em determinada sociedade. Neste sentido, Lourival Vilanova<sup>48</sup> entende que a norma jurídica é o resultado de uma esquematização de classes de condutas. O Direito, segundo ele, busca generalizar a vida em esquemas abstratos, oferecendo, então, a previsão de condutas típicas prescritivas. Em razão deste viés prescritivo, por mais que um enunciado jurídico seja apresentado em forma alética, a proposição jurídica terá sempre forma deôntica.

Também os operadores do direito se valem da definição e da classificação para conhecer e ordenar a realidade com que se lida. As duas operações apresentam uma forma eficaz de limitar a atenção de seu usuário ao objeto de estudo pretendido. Elas se diferenciam no ponto em que a classificação decorre da construção de conjuntos, enquanto a definição tem relação com o processo de isolar o objeto de estudo em meio à heterogeneidade do mundo.

Ao se classificar, constrói-se um conjunto (que também pode ser chamado de classe), por meio do qual são reunidos elementos segundo um critério ou atributo. O

---

<sup>47</sup> BRITTO, Lucas Galvão de. Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e BRITTO, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e direito*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 317.

<sup>48</sup> Op. Cit. p.349.

atributo, segundo o Professor Paulo de Barros Carvalho, “significa a propriedade que certo objeto manifesta e todo nome, cuja significação está constituída de atributos é, em potencial, o nome de um número indefinido de objetos”<sup>49</sup>. Fica evidente, assim, a relação de pertinência destes elementos a dado conjunto. Esta relação de pertinência é resultado de um juízo binário, no qual se pressupõe a diferença: o elemento pertence ou não pertence ao conjunto, ou ainda, na lógica clássica, só é possível verificar em um conjunto uma proposição  $p$ , se contraposta a uma proposição  $\neg p$  (não  $p$ ). Desta forma, nota-se que o processo de classificação, por pressupor a atividade de julgamento ou valoração humana, resulta em uma mera criação destes julgadores. A classificação, portanto, não incide sobre as coisas em si, mas sobre a interpretação da coisa, feita por aquele que realiza a tarefa de classificar.

Novamente valendo-se da doutrina do professor Paulo de Barros Carvalho, expõe-se que a definição seria a

*operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso*<sup>50</sup>.

Após este processo de isolamento, a definição é manifestada em um enunciado, geralmente expresso na forma alética clássica “sujeito é predicado” ou, formalizando,  $S(p)$ . Este enunciado, então, deve trazer todos os critérios necessários e suficientes para que seja possível enquadrar um objeto em meio a um conceito. Neste sentido, os conceitos se assemelham às classes, vez que, de acordo com os critérios presentes na definição, determinados elementos ou objetos passam a pertencer ou não à extensão da ideia trazida. Da mesma forma que a classe não se confunde com os indivíduos que a integram, as definições também não se confundem com os elementos que pretendem se definir. O que se define são os conceitos e não os elementos em si.

Apesar de se verificar certa subjetividade tanto na utilização da classificação quanto na da definição, vez que estas não são “descobertas” na natureza, mas frutos da interpretação daqueles que se utilizam destas operações, não há que se falar da inutilidade de tal exercício. Conforme já exposto, o emprego de tais operações lógicas no Direito auxilia tanto na delimitação do objeto de estudo quanto no conhecimento de determinada realidade social. É o que se pretende, no presente artigo, com a análise das agências reguladoras. Pontuar as características destes entes não será útil somente para

49 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2011. p. 127.

50 Op. cit. p.120.

trazer uma definição mais precisa do que a trazida na Lei de “agências reguladoras”, mas também para que se analise com um olhar mais atual sobre sua importância.

A doutrina brasileira sobre o tema é anterior à promulgação da Lei e urge por atualização. Isto porque é comum se verificar, quando o tema é agências reguladoras, um esforço dos administrativistas em analisar longamente o processo histórico de criação das agências no ordenamento jurídico nacional. Fala-se da reforma de Estado dos anos 90, em que o Estado perdeu o monopólio de exploração de determinados setores econômicos, surgindo, assim, novas concessionárias de serviços públicos, as quais passaram a ser reguladas por estas “novas” autarquias especiais, nomeadas agências reguladoras, em simetria com o modelo estadunidense.

Apesar de, neste ponto, falar-se em “criação”, vale pontuar o posicionamento divergente do professor Conrado Hübner Mendes<sup>51</sup>, de que as agências não deveriam ser lidas como novos entes vinculados à Administração, ao contrário do que afirma, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>52</sup>, e sim meras autarquias sob regime especial, as quais, à luz de sua respectiva lei de criação e peculiaridades do setor específico em que desenvolvem a regulação, passaram a ter traços característicos que outras autarquias sob regime especial até então não possuíam. À época, este processo de agencificação só estabeleceu raízes no Direito brasileiro com a criação das primeiras agências reguladoras instituídas em Lei: a ANEEL (Lei nº 9.427/96), a ANP (Lei nº 9.478/97) e a ANATEL (Lei nº 9.472/97), vez que a Constituição Federal tão somente menciona a criação de “órgão regulador” exclusivamente para setores de telecomunicações e derivados de petróleo, vide art. 21, XI e art. 177, §2º, III, respectivamente. Assim, segundo Alexandre de Moraes<sup>53</sup>, as duas únicas agências que teriam fundamentação constitucional seriam a ANATEL e a ANP.

A análise histórica, então, é seguida de uma exposição de características destas “novas” autarquias as quais, na maioria dos casos, conforme será exposto no tópico a seguir, limitam-se a reforçar tão somente a independência das agências reguladoras frente ao Poder Executivo. A doutrina, portanto, precisa ser renovada frente aos novos deveres impostos às agências em razão da promulgação de um marco legal, mas também em razão dessas autarquias especiais já participarem da realidade brasileira há mais de vinte anos.

---

51 MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

52 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.

53 MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p.25.



Assim, o presente artigo, valendo-se das lições epistemológicas da lógica aqui pontuadas, principalmente no que se refere à Teoria das Classes, pretende, expondo os atributos de uma classe, erguer os muros de uma definição de agência reguladora, de forma a propor uma visão atualizada que poderá ser empregada para introduzir o estudo das citadas autarquias.

### **3. Dos principais atributos ou características das agências reguladoras**

Antes de iniciar a exposição dos atributos das agências, vale a seguinte consideração. A Teoria das Classes passou a receber um novo status de setor de conhecimento quando foi transportada à matemática, momento em que passou a receber o nome de Teoria dos Conjuntos. Tanto na lógica quanto na matemática, os conjuntos analisados se inserem em um contexto, qual seja, o do Conjunto Universo (U). Este nos traz, portanto, o conjunto, ou, em outras palavras, a universalidade das entidades que nos interessa estudar neste momento<sup>54</sup>. Assim, para uma exitosa classificação, faz-se necessário definir desde o início o Conjunto Universo, ou seja, a totalidade de indivíduos que pretende se observar.

No presente artigo, os indivíduos que compõem o Conjunto Universo são as autarquias especiais integrantes da Administração Pública indireta federal. As autarquias distinguem-se dentre outros entes estatais descentralizados por possuir personalidade de Direito Público. É consenso na doutrina e, foi também validado na Lei das Agências (art. 2º, parágrafo único), que as agências reguladoras são autarquias especiais. Este artigo, por partir de uma análise da Lei nº 13.848/2019, restringir-se-á à análise de autarquias federais. Temos, assim, o Conjunto Universo definido. Já se evidencia aqui a diferença metodológica em se adotar a Teoria das Classes. Isto porque, como veremos abaixo, alguns doutrinadores já qualificam a roupagem autárquica das agências como uma de suas características. No presente estudo, esta roupagem é um pressuposto.

É evidente o desafio em se elencar todos os atributos que a classe das agências pode carregar. Este desafio se sustenta, principalmente, em duas razões. A primeira delas seria que cada setor regulado tem suas próprias peculiaridades, o que dificultaria a convergência das disposições legais de cada uma das leis de criação de cada agência. Esta dificuldade se manifesta, inclusive, conforme já mencionado algumas vezes, na própria Lei Geral de Agências promulgada em 2019. Outra razão para este desafio é que a doutrina brasileira, além de tratar o tema de forma ainda incipiente, justamente por até

---

<sup>54</sup> MORTARI, Cezar. Introdução à lógica. São Paulo: UNESP, 2001, p.45.

pouco não ter sido promulgada uma lei geral sobre o assunto, também apresenta uma multiplicidade de opiniões<sup>55</sup>.

Apesar de árdua a missão, ela se inicia por um atributo que parece ser um dos poucos consensos tanto para a doutrina quanto para a própria lei: a independência, ou, como preferem alguns, autonomia das agências reguladoras. Carlos Ari Sunfeld é um destes que prefere a nomenclatura "autonomia":

*Independência é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico preferimos falar em autonomia. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder<sup>56</sup>.*

O atributo da autonomia/independência parece ter centralidade em boa parte da doutrina que trata do tema das agências reguladoras. Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirma que

*A pedra de toque deste regime especial das agências reguladoras é sua independência em relação ao Poder Público. No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão e arruinarem o ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos. É desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a*

---

55 Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro assevera: "A doutrina brasileira peca pela multiplicidade de opiniões doutrinárias, a ponto de poder-se afirmar, sem medo de estar muito longe da verdade, que não existem dois autores com posicionamentos muito próximos.". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte, Fórum, 2004. p.41).

56 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

*evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira*<sup>57</sup>.

A independência/ autonomia, no entanto, não se restringe a uma abstrata soberania frente ao Poder Executivo. Conforme pontuado acima por Barroso, o atributo se fundamenta na autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Quando se fala em autonomia econômico-financeira associa-se, além das dotações orçamentárias gerais, à possibilidade de arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como recolhimento de taxas de fiscalização ou participação em contratos e convênios.

Já a autonomia político-administrativa, ou às vezes nomeada autonomia funcional, relaciona-se à forma de nomeação de diretores, os quais indicados pelo Presidente da República, sendo a escolha sabatinada pelo Senado Federal, nos moldes de como é feito com os novos ministros do Supremo Tribunal Federal. Os diretores possuem mandato fixo, estabilidade e não há possibilidade de demissão *ad nutum*, sendo que estes dirigentes devem respeitar um período de quarentena ao saírem das agências, de forma a se evitar que saiam dessas instituições e iniciem trabalhos em empresas privadas do setor que antes atuavam com o viés público de regulação. Vale mencionar também que as agências possuem direção colegiada, sendo suas decisões proferidas coletivamente. Nesse viés, tem-se, igualmente, como elemento da autonomia administrativa-funcional, a definitividade das decisões das agências, ou seja, não cabe recurso hierárquico às suas decisões. A Lei nº 13.848/19 também traz no artigo 3º, § 2º, mais algumas nuances do que se considera por autonomia administrativa, conforme destacamos na introdução.

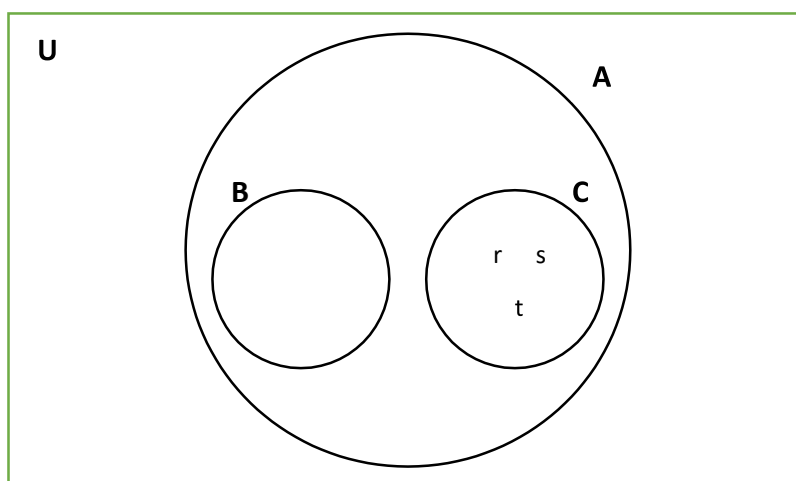
Entende-se, quanto a este ponto, que há um excesso de preocupação da doutrina e da lei em reforçar o atributo da independência/ autonomia, focando em descrever excessivamente cada nuance de como se estruturam administrativamente e financeiramente as agências reguladoras. Apesar de serem louváveis os esforços dos doutrinadores de descrever o processo histórico de inserção das agências no cenário brasileiro e de detalhar a autonomia administrativa e financeira das agências, tarefa que possui relevância quando da verificação da existência ou não do atributo da independência que aqui está sendo tratado, o presente artigo pretende dar um novo enfoque à definição de agência que está sendo aqui construída. Desta maneira, diferentemente da abordagem tradicional da doutrina brasileira, não se pretende alongar na descrição da autonomia administrativa e financeira, bastando as pontuações já feitas acima.

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

Retomando o exercício de classificação, esta autora entende, em contramão ao que parece insinuar grande parte dos doutrinadores consultados<sup>58</sup> e até o próprio texto legal no artigo 3º supramencionado, que a autonomia financeira e administrativa são na verdade espécies do mesmo gênero que é autonomia. Em outra nomenclatura, considera-se a autonomia uma superclasse que engloba as subclasses da autonomia administrativa e financeira, sendo os atributos dessas subclasses a estruturação do quadro dirigente e do orçamento da agência conforme citado acima. Reforça-se que a classificação utilizada no presente artigo difere da doutrina na medida em que esta última parece considerar cada atributo, principalmente da autonomia administrativa, como uma classe apartada que qualificaria a agência reguladora. À título de esclarecimento, elaborou-se o diagrama que representa a classe da autonomia e as subclasses da autonomia financeira-orçamentária e autonomia administrativa, com alguns elementos (em rol não exaustivo) desta última para elucidar o que foi pontuado acima:

Imagem 1



<sup>58</sup> Cita-se, aqui, à título de conhecimento, o rol de características atribuído às agências reguladoras por alguns doutrinadores: Carlos Ari Sundfeld *in* Direito Administrativo Econômico, Introdução às Agências Reguladoras: autonomia, roupagem autárquica e poder normativo; Odete Medauar *in* Direito Administrativo Moderno: natureza institucional autárquica, direção colegiada e mandato dos dirigentes, regime de servidores, cobrança de taxa de fiscalização; Alexandre de Moraes *in* Agências Reguladoras: autonomia financeira e administrativa e função legiferante; Edmir Netto de Araújo *in* A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras: autarquia de regime especial, autonomia financeira e administrativa, poder normativo, poder de fiscalização, direção colegiada, mandato fixo e quarentena dos dirigentes. Outros autores foram consultados, não cabendo, no entanto, a descrição de todas as amostras coletadas, as quais em muito se assemelham com estes exemplos.

U: Conjunto Universo dos atributos da autonomia das agências reguladoras  
A: Superclasse da Autonomia

B: Subclasse Autonomia financeira-orçamentária  
C: Subclasse Autonomia administrativa

r: Elemento "mandato fixo dos dirigentes"

s: Elemento "direção colegiada"

t: Elemento "estabilidade dos dirigentes"

u: Elemento "impossibilidade de demissão *ad nutum*"

v: Elemento "definitividade das decisões"

Assim, formalizando, a Superclasse A contém as Classes B e C:

$$A =_{df} \{A \mid A \in U \text{ e } [A \supset (B \cdot C)]\}$$

Ainda, os elementos x, y, w e z, pertencem à classe C, que por sua vez está contida na superclasse A, formalizando:

$$[r \cdot s \cdot t \cdot u \cdot v] = p, \text{ logo, } C =_{df} \{p \mid p \in C \text{ e } C \subset A\}$$

Utiliza-se o símbolo  $=_{df}$  significando "igual por definição". Relembramos que, quando tratamos de classe de primeira ordem, temos operações de pertinência (representadas pelos símbolos matemáticos  $\in$  – pertence – ou  $\notin$  – não pertence). Já quando tratamos das relações das classes umas com as outras, falamos um conjunto está contido em outro (representados pelos símbolos matemáticos  $\subset$  e  $\not\subset$ ) ou que uma classe contém outra (em linguagem formal  $\supset$ ).

Prosseguindo, a sugestão de definição de "agências reguladoras" com um novo enfoque resume-se a enfatizar, para além da autonomia, os próximos atributos que foram considerados de forma mais secundária pela doutrina. Alguns destes atributos, conforme será exposto a seguir, até mesmo foram pouco aprofundados pela doutrina, vez que foram trazidos à tona a partir da promulgação da Lei das Agências (como é o caso do terceiro atributo a ser elencado).

O segundo atributo selecionado é o poder normativo das agências reguladoras. Também nomeado como função de regulação. Não se pretende inferir, com as considerações acima, que este atributo não foi abordado pela doutrina, o que seria uma mentira. No entanto, muitos administrativistas parecem considerar que o poder

normativas das agências não seria um atributo capaz de caracterizá-la, mas que tratar-se-ia de uma atribuição ou função a ser exercida pela agência em decorrência do processo histórico de descentralização do poder normativo<sup>59</sup>, principalmente de natureza técnica, e até mesmo em razão do próprio atributo da autonomia/ independência das agências.

O poder normativo das agências reguladoras está adstrito ao princípio da legalidade e ao de separação de poderes. Desta forma, as agências não podem inovar na ordem jurídica ou contrariá-la. As normas das agências devem ser estritamente operacionais, limitando-se a disposições legais já existentes. As leis que atribuem às agências poder normativo são, geralmente, suas leis de criação, as quais possuem baixa densidade normativa, de forma a permitir, assim, o desenvolvimento de normas setoriais de maneira ágil e dinâmica, acompanhando o mercado do setor que regulam. As agências passam, deste modo, a possuir uma discricionariedade consideravelmente ampla para definir as regras e parâmetros técnicos referentes a essas atividades.

Ao tratar do poder normativo de agências reguladoras, enfatiza-se a tecnicidade da regulação produzida por estes órgãos, o que está diretamente relacionado ao fato de que as agências gerenciam a concessão, permissão e/ou autorização de serviços públicos e, portanto, de setores econômicos específicos.

Finalmente, o terceiro e último atributo a ser pontuado, o qual entende-se ser de mais expressiva novidade com a promulgação da Lei das Agências é a *accountability*. O termo *accountability* significa “a obrigação de explicar e justificar condutas a outras partes”<sup>60</sup>. Quando inserido no contexto de processo decisório de agências reguladoras, o termo passa a ter significado semelhante à “transparência”.

No campo da regulação de serviços públicos, faz-se necessário garantir a interação entre o órgão regulador, o agente prestador e o usuário/ consumidor dos serviços. A promulgação da Lei das Agências reforçou a necessidade desta interação, estabelecendo o dever de as agências de garantirem participação social em seu processo decisório por meio de realização de audiências e consultas públicas e de divulgação das reuniões de seus dirigentes em meio eletrônico. A Lei também obriga as agências a revelarem programa de integridade, estabelecerem um canal de ouvidoria, divulgarem agenda regulatória e realizarem análise de impacto regulatório previamente à adoção ou alteração de atos normativos. Da mesma forma como se fez com a autonomia, nota-se

---

59 Ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das agências reguladoras independentes e o Estado de direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n. 148, p. 278, out. 2000. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2020.

60 LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. Accountability in the Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (ed.). The Oxford Handbook of Regulation. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 349.



que é possível realizar uma operação lógica de classificação de forma a se definir a transparência ou *accountability* como uma superclasse, cujas subclasses nela contida seriam estas obrigações listadas acima (realização de audiências e consultas públicas e etc).

Entende-se, a princípio, que o dever de transparência imposto às agências por meio da nova lei deve ser considerado um atributo relevante quando da caracterização das agências reguladoras vez que poderá auxiliar no futuro quando da verificação se determinada autarquia trata-se ou não de uma agência reguladora. Principalmente quando observada a realização de Análise de Impacto Regulatório, atividade que foi regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020, o que pode indicar a tecnicidade do setor econômico que está sendo regulado, relacionando-se, assim, ao segundo atributo.

Também há de se reconhecer uma estratégia da presente autora em se considerar a *accountability* um terceiro e último atributo que caracterize as agências reguladoras. Isto pois é de bastante relevância que a Lei Geral das Agências tenha optado por estabelecer um marco geral a estas autarquias atribuindo a elas tantas obrigações que reforcem a legitimidade democrática destas entidades, tema que é bastante secundário na doutrina de Direito Administrativo. O presente artigo, com a seleção deste terceiro atributo, quis, então, acentuar esta opção do legislador de convergir o regime de atuação das agências por meio da atribuição de deveres que reforçassem a necessidade de transparência e o caráter democrático que pretende ser dado às atividades realizadas por estas autarquias.

Conclui-se, preliminarmente, desta forma, que as agências reguladoras seriam aquelas autarquias especiais, integrantes da Administração Pública indireta federal, que reunissem, conjuntamente, os atributos da autonomia (considerando-se aqui, tanto a autonomia financeiro-orçamentária quanto a autonomia administrativa), da capacidade normativa e, da transparência (ou *accountability*). A seguir, para testar essa definição preliminar, analisaremos duas autarquias que em muito se assemelham às agências reguladoras: a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Este teste visa verificar a aceitabilidade dos atributos escolhidos neste tópico.

#### **4.O teste da definição: análise da CVM e do CADE**

Tanto a CVM quanto o CADE são autarquias que em muito se aproximam de alguns dos principais atributos das agências reguladoras. Seus dirigentes, que devem possuir capacidade técnica, são nomeados pelo Presidente da República após autorização do Senado Federal. Também são autarquias vinculadas, respectivamente, ao Ministério da Economia e da Justiça. As duas entidades também proferem decisões colegiadas. Todavia, nenhuma das duas é considerada agência reguladora pela doutrina

atual e tampouco figuram em meio ao rol exemplificativo trazido na Lei das Agências. Agora cabe, brevemente, realizar o exercício de verificar se, as razões pelas quais a doutrina não considera estas autarquias agências reguladoras se fundamentam frente aos atributos escolhidos neste trabalho para compor a classe das agências reguladoras brasileiras.

Primeiramente, quanto à CVM, o motivo pelo qual essa não poderia ser considerada uma agência reguladora seria, a princípio, facilmente verificado. Até a edição da Lei 10.303/01, Medida Provisória nº 08/01 e Decreto nº 3.995/01, o artigo 6º da Lei nº 6.385/76 era permitida a demissão dos dirigentes<sup>61</sup> *ad nutum*. Ou seja, até 2001, caso o órgão tomasse medidas que desagradassem o Presidente da República, este poderia, em clara ingerência política, demitir um de seus dirigentes, em evidente afronta ao atributo da autonomia das agências reguladoras.

Apesar de tal possibilidade ter sido revogada, de forma que os diretores passaram a, como nas agências reguladoras, serem nomeados por prazo determinado mediante prévia aprovação do Senado, vedada a exoneração *ad nutum*, há uma outra peculiaridade da CVM que impede seu enquadramento enquanto agência. A CVM possui poder regulamentar, cumprindo, portanto, o atributo do poder normativo, mesmo que sua regulação seja condicionada às normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Entretanto, cabe, contra às decisões sancionatórias da CVM, recurso administrativo externo ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão que integra a estrutura do Ministério da Economia (art. 11, § 4º, Lei nº 6.385/76). Nota-se, portanto, em razão deste último ponto, que a CVM não cumpre o atributo da autonomia. Mais especificamente, a CVM não é um elemento pertencente à subclasse da autonomia administrativa-funcional contido no Conjunto Universo das autarquias especiais vinculadas à Administração Indireta.

Quanto ao CADE, vale mencionar o entendimento de Alexandre Aragão<sup>62</sup> de que, apesar de a autarquia possuir os atributos da autonomia, principalmente funcional/administrativa, este não poderia ser qualificado como agência por não possuir funções reguladoras. Este entendimento fundamenta-se no fato de que, apesar de o CADE possuir competência normativa para elaborar regimento interno, vide art. 7º, inciso XV, da Lei nº 12.529/2011, o mesmo artigo somente confere à autarquia competências para expedir atos de efeito concreto. Assim, não seria devidamente verificado o segundo atributo de poder normativo.

---

61 A diretoria da CVM é composta por um presidente e quatro diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, e dotados de conhecimentos técnicos em mercados de capitais.

62 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 304-305.

Neste segmento, vale citar o entendimento de Celso Campilongo, que apresenta ainda mais claramente a razão pela qual o CADE não preenche o atributo da função reguladora: a tecnicidade verificada na atuação do CADE não se associa à um setor específico da economia, como nas demais agências, mas, a todo o mercado. As agências reguladoras debatem uma regulação setorial na qual em muitos casos, inclusive, não há ou ao menos originalmente não havia concorrência, tratando-se de monopólios naturais. Ensina, então, o ex-Conselheiro da autarquia

*as agências desempenham funções regulatórias de setores específicos da economia, o CADE lida com o mercado como um todo e, além disso, não desempenha qualquer atividade regulatória. O que faz é a adjudicação no campo da concorrência – algo muito diferente da regulação.*<sup>63</sup>

O CADE age, portanto, de modo transversal, de forma que sua atuação não se confunde com uma possível “agência reguladora da concorrência”.

Nota-se que o teste acima não permeou o terceiro atributo das agências, a transparência. Assim, apesar de descartadas as possibilidades de tanto a CVM como o CADE serem classificados como agências reguladoras, cabem algumas considerações sobre o assunto. Ambas as autarquias realizam corriqueiramente consultas e audiências públicas, além de possuírem canais de ouvidoria. No caso da CVM, até se verificou a realização de análise de impacto regulatório<sup>64</sup>. No entanto, pela limitada atividade regulatória do CADE, não se visualiza a aplicabilidade de realização de Análise de Impacto Regulatório, o que, novamente, evidencia o distanciamento desta autarquia das agências reguladoras. Desta forma, conclui-se pela aceitabilidade de todos os três critérios selecionados no tópico anterior para definir as agências reguladoras.

## 5. Conclusão

É árduo o esforço de se pontuar todos os atributos de um determinado instituto jurídico. A linguagem é permeada de conotações marcadas por alguma medida positiva de vagueza, principalmente quando estamos tratando de prescrições jurídicas. Positiva pois o Direito precisa permanecer aberto à amplitude dos fenômenos que pretende

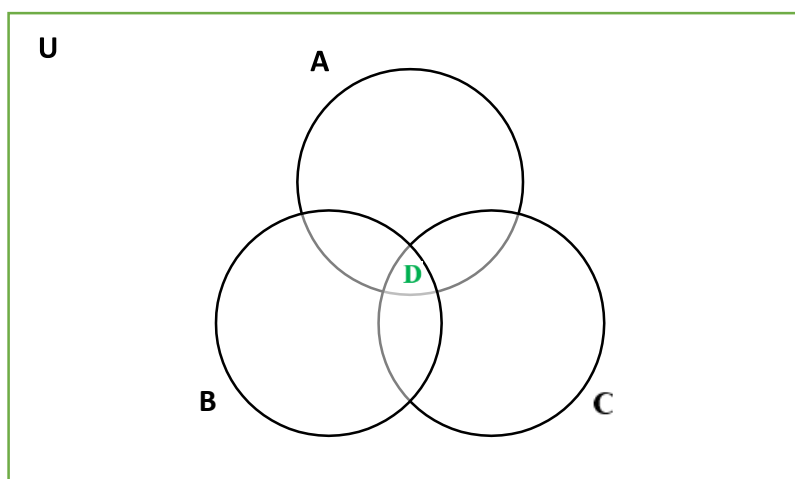
<sup>63</sup> Entrevista dada ao Boletim Informativo da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, abril de 2001.

<sup>64</sup> CVM lança estudo de análise de impacto regulatório sobre exclusividade de agente autônomo de investimento. Disponível em: <[www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-lanca-estudo-de-analise-de-impacto-regulatorio-sobre-exclusividade-de-agente-autonomo-de-investimento-b89bb5c8b7dd49bebd5237d291fad982](http://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-lanca-estudo-de-analise-de-impacto-regulatorio-sobre-exclusividade-de-agente-autonomo-de-investimento-b89bb5c8b7dd49bebd5237d291fad982)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

descrever. Assim, por mais que se definam os elementos de um conjunto que se refira a um instituto jurídico, este nunca se verifica inteiramente acabado.

No entanto, comprovou-se, por meio de breve análise de outras duas autarquias que em muito se aproximam às agências, a CVM e o CADE, que os três atributos selecionados para definir as agências reguladoras, por meio de operações lógicas de classificação, são válidos, sendo estes: a autonomia (na qual se insere a autonomia administrativa-funcional e autonomia financeiro-orçamentária); o poder normativo (ou função de regulação); e a transparência (ou *accountability*, relacionada à legitimidade democrática).

Imagem 2



U: Conjunto Universo das autarquias especiais integrantes da Administração Pública indireta federal

A: Classe da Autonomia

B: Classe do Poder Normativo C: Classe da Transparência

D: Classe que representa as Agências Reguladoras

Assim, todos os elementos contidos na intersecção entre todas as classes é onde se localizam as autarquias especializadas que podem ser definidas como agências reguladoras. Formalizando:

$$D =_{df} \{D \mid D \in U \text{ e } D \subset [A \cap B \cap C]\}$$

## 6.Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019.

BRITTO, Lucas Galvão de. *A regra-matriz de incidência tributária e as definições produzidas pelas agências reguladoras*. São Paulo: Noeses 2017. Capítulo 3, item 2.

\_\_\_\_\_. *Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas*. In: CARVALHO, Paulo de Barros(Coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011.

COPI, Irving. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1981. Capítulo 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 2. ed., São Paulo, Atlas, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 94-100.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. MORTARI, César. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. São Paulo: Noeses, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:

<[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese\\_Juliana\\_Bonacorsi\\_de\\_Palma\\_versao\\_final.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese_Juliana_Bonacorsi_de_Palma_versao_final.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 540-546.

ROSILHO, André (org.); SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: MalheirosEd., 2000.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica*. Madrid: Espasa, 1985. Primeira Parte. Capítulo IV.



## O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CPC 2015 E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

**DANIEL CARNEIRO MACHADO:**

Juiz Federal da 21ª Vara Federal da SJMG. Doutor e mestre em Direito Processual. Professor titular do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em Belo Horizonte.

**Resumo:** Em prol da estabilidade, coerência e uniformização da jurisprudência, o CPC 2015 previu que alguns julgamentos dos Tribunais Superiores e também de tribunais locais deveriam ser observados por todos os juízes, sob pena de cabimento de ação de reclamação. O presente artigo apresenta análise crítica desse Sistema de Precedentes instituído pelo CPC 2015 para demonstrar sua (in)compatibilidade com a garantia da independência judicial no contexto do modelo constitucional de processo.

**Palavras-chave:** Precedente – eficácia vinculante – tribunal local - independência judicial -- processo democrático

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O Sistema de Precedentes do CPC 2015: uma visão crítica 3. A independência judicial e o processo democrático 3.1 Precedentes obrigatórios dos tribunais locais e a “magistratura deitada” 3.2 A técnica de ressalva de entendimento como forma de se minimizar o esvaziamento do papel do juiz de primeiro grau na interpretação do direito 3.3. Técnica de utilização do precedente: o *distinguishing* como forma de incentivo ao debate processual e à interpretação do direito pelo juiz de primeira instância 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

### 1. Introdução:

A enorme quantidade de processos, o aumento da litigiosidade de massa, a demora e a burocracia processuais, além do alto grau de instabilidade jurídica provocada pelos acontecimentos políticos, sociais e econômicos, colocaram na ordem do dia a temática sobre a criação de técnicas processuais e outras medidas que pudessem assegurar a celeridade da uniformização jurisprudencial e, por conseguinte, uma maior previsibilidade decisória.

A tendência de se criar mecanismos de valorização dos julgamentos dos tribunais começou a se destacar nas reformas legislativas implementadas no direito processual brasileiro desde a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004.

Cita-se, por exemplo, a introdução da “súmula vinculante”, que foi concebida como mecanismo de aceleração dos julgamentos, em decorrência do óbito a demandas

fulcradas em teses jurídicas em matéria constitucional já pacificadas na jurisprudência no STF.

A referida reforma constitucional introduziu, ainda, a “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade específico (filtro) para o recurso extraordinário, dando caráter mais objetivo e abstrato ao controle difuso de constitucionalidade pelo STF, possibilitando que os efeitos do julgamento de alguns poucos recursos se irradiassem para outros casos concretos.

O recorrente deve, assim, demonstrar a relevância da matéria sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, que transcende o mero interesse subjetivo das partes litigantes. Ao regulamentar o instituto, a Lei 11.418/2006 introduziu o § 5º ao art. 543-A do CPC de 1973, dispondo que, se negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre a mesma matéria, que serão indeferidos liminarmente, ressalvada a hipótese de revisão da tese.

Destaca-se também a criação do regime de julgamento dos recursos especiais repetitivos pela Lei 11.672/2008, aperfeiçoada no CPC/2015, que implementou a técnica processual de “pinçamento” do caso modelo ou causa piloto para a resolução da questão de direito de maneira uniforme para todas as demandas repetitivas. Trata-se de uma técnica pela qual o tribunal de origem seleciona um ou mais recursos representativos da controvérsia dotados de fundamentação mais completa e os encaminha ao STJ, sobrestando os demais recursos sobre a mesma questão jurídica até o pronunciamento da corte superior acerca da definição da tese jurídica.

Seguindo esse mesmo propósito, o legislador do CPC/2015 implementou um sistema próprio de precedentes com eficácia vinculante para o direito processual civil, visando conferir maior coerência, estabilidade e previsibilidade decisória.

A temática é relevante e causa preocupação quando, diante do modelo constitucional de processo, depara-se com o *status* de precedente vinculante atribuído tanto a julgamentos dos tribunais superiores, mas também julgamentos de tribunais locais ou regionais de segunda instância, melhor conhecidos como “cortes de apelação”, cujo papel não se confunde com o dos tribunais superiores, os quais possuem a competência constitucional de definição de teses jurídicas e uniformização da interpretação do direito.

Nesse contexto de busca a qualquer custo da celeridade processual e da uniformização jurisprudencial, o julgador monocrático poderá se tornar um “juiz eletrônico” que apenas reproduz, de maneira quase que automatizada, a tese jurídica (de caráter vinculante) já definida pelo tribunal local. Sob o mito da igualdade, corre-se extremado risco de asseverar as desigualdades considerando a heterogeneidade existente no Brasil, país de dimensão continental, com nuances regionais acentuadas e elevado

número de tribunais locais e/ou regionais.

Com efeito, a verticalização e a vinculação pura e simples a alguns julgamentos dos tribunais, especialmente dos de segundo grau como ocorre no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e do incidente de assunção de competência – IAC, podem acarretar precipitação, reduzindo o espaço cognitivo do processo, espaço essencial ao debate público dos fundamentos aduzidos pelas partes.

É justamente diante dessa rígida verticalização estabelecida pelo CPC 2015 que se propõe neste singelo artigo uma análise crítica do sistema de precedentes e da sua compatibilidade com a garantia da independência judicial.

Longe da pretensão de esgotar o tema, objetiva-se apenas instigar o debate, fazendo apontamentos no intuito de trazer aperfeiçoamentos ao sistema.

## **2. O Sistema de Precedentes do CPC 2015: uma visão crítica**

O CPC/2015 intenta aproximar o sistema judicial brasileiro ao sistema de valorização dos precedentes vinculantes.

De acordo com a novel legislação, alguns precedentes judiciais não detém somente a função persuasiva de orientar a interpretação dos dispositivos legais ou constitucionais, mas passam a obrigar o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão proferida anteriormente, aproximando-se o sistema brasileiro da teoria do *stare decisis* (doutrina característica do *common law*, decorrente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em uma tradução livre: mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido)<sup>65</sup>.

Segundo Lênio Streck e Georges Abboud, as normas do CPC/2015 se amparam na crença de que os mecanismos vinculantes forjados para funcionar verticalmente assegurariam a concretização da almejada segurança jurídica e acabariam com o fenômeno daquilo que se convencionou chamar de jurisprudência lotérica.<sup>66</sup>

Nesse sentido, o art. 926 do CPC/2015 dispõe que a jurisprudência dos tribunais deve se manter íntegra, coerente e estável, com intuito de que os tribunais respeitem seus próprios precedentes, evitando a oscilação da interpretação jurídica. Uma das formas de se alcançar esse intento, segundo o §1º do referido dispositivo legal, é que os tribunais

---

65 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 23.

66 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 100.

devem editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante.

Em seguida, o art. 927<sup>67</sup> dispõe expressamente que os juízes e tribunais deverão observar nos seus julgados as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas vinculantes, das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A inclusão como precedente obrigatório dos julgamentos proferidos em recurso especial e extraordinários repetitivos tem, a toda evidência, respaldo no papel constitucional atribuído às Cortes Supremas, o qual não se confunde com a função das instâncias ordinárias. Aliás, Marinoni critica o fato de terem sido considerados como precedentes obrigatórios apenas os julgamentos dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, quando deveriam sê-lo também todos os demais julgamentos de recursos relevantes pelo STJ e STF, haja vista o papel jurisdicional desempenhado pelos referidos tribunais superiores:

É um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em recursos repetitivos têm eficácia obrigatória. A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça. Ora, isso nada tem a ver com a função das Cortes Supremas, que é de definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. O exercício dessa função, por mudar o direito incrementadamente, acrescentando sentido à ordem jurídica vinculante, dá origem a decisões cujas *rationes*

---

<sup>67</sup> Em razão da importância do referido dispositivo legal para o sistema de precedentes adotado pelo NCPC, oportuno destacar alguns enunciados interpretativos do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: Enunciado 170 - "As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos do jurisdicionais a eles submetidos"; Enunciado n. 173 - "Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil"; Enunciado n. 318 - "Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante"; Enunciado n. 460 - "O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*". (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 363-365)

*decidendi* tem natural eficácia obrigatória.<sup>68</sup>

As demais hipóteses da norma acima referida, como, por exemplo, os acórdãos proferidos no IRDR, no incidente de assunção de competência e pelo órgão especial do tribunal local, adquiriram por lei ordinária o *status* automático de precedente com eficácia vinculante no âmbito da estrutura hierárquica do Poder Judiciário.

Ou seja, no sistema brasileiro, alguns julgamentos serão considerados, por força de lei ordinária, “precedentes judiciais obrigatórios” ainda que não proferidos pelos Tribunais Superiores.

Atribuiu-se a presunção absoluta de que todas as decisões proferidas nas hipóteses elencadas no referido art. 927 terão relevância e ampla fundamentação para definição de teses jurídicas dotadas de verdadeiro caráter normativo, as quais repercutirão, de forma vinculante, nos casos subsequentes assemelhados. “Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado ‘para ser precedente vinculante’. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são ‘precedentes de propósito’<sup>69</sup>.”

Nas palavras de Júlio Rossi,

Criamos um precedente à brasileira: uma forma de solucionar os conflitos por meio da jurisprudência (seja ou não reiterada; matéria constitucional ou infraconstitucional) que servirá de parâmetro normativo obrigatório (não indicativo ou persuasivo), para que os órgãos inferiores do Poder Judiciário chancelem, com a mesma decisão padrão, casos aparentemente assemelhados.<sup>70</sup>

Na verdade, o que se instituiu pela letra da lei processual foi o uso obrigatório de determinados julgamentos, especialmente dos proferidos apenas pela instância ordinária, como “padrões decisórios” com o principal objetivo de acelerar o andamento das ações semelhantes e, por conseguinte, diminuir o acervo de processos em tramitação no Poder Judiciário.

Isso vai de encontro à teoria do precedente no *common law*. Um precedente não surge automaticamente ou recebe tal *status* antes mesmo que o julgamento aconteça

---

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 22.

69 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

70 ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 208, jun 2012, p. 206.

e seja reproduzido em outros casos.

Naquele sistema é muito difícil surgir um precedente (um padrão decisório a ser seguido) a partir de um único julgamento. Conforme destacam Dierle Nunes e Humberto Theodoro Jr. em relação ao *common law*, "nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente)" <sup>71</sup>.

Nas palavras de Dierle Nunes, é necessário o esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes para que um precedente seja formado:

(...) ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um 'precedente' a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. <sup>72</sup>

Além disso, no *common law*, o precedente é apenas um ponto de partida que estabelece um princípio universalizável. Como ponto de partida, o juiz poderá aplicá-lo ao caso subsequente, moldando-o e adaptando-o de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto. "O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito" <sup>73</sup>.

Nesse contexto, o julgamento de um caso específico somente adquire a condição de precedente a partir da participação fundamental dos julgadores dos casos subsequentes, que poderão aplicá-lo e, ainda, moldá-lo, se os conflitos se assemelharem em todos os aspectos e, principalmente, se aquele julgamento precedente realmente for

---

71 THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 358.

72 NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisão. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, set. 2011, p. 38.

73 RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Elle Gracie Northfleet. *Revista Forense*, v. 327, 1990, p. 38.



dotado de relevância e ampla fundamentação para legitimar a repetição da *ratio decidendi*.

Conforme a lição do italiano Michele Taruffo:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente.<sup>74</sup>

Ou seja, de acordo com o processualista italiano, o precedente surge e se funda a partir da analogia que o segundo juiz vê entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido, porque somente com essa condição é que se pode aplicar a regra pela qual a mesma *ratio decidendi* deve ser aplicada a casos idênticos ou ao menos similares.<sup>75</sup>

Em razão da imposição legislativa no Brasil, corre-se o sério risco de que na prática judiciária o rol dos precedentes obrigatórios do CPC/2015 seja aplicado de forma absolutamente mecânica<sup>76</sup>, com a repetição acrítica das teses jurídicas, acarretando um verdadeiro engessamento do processo argumentativo, além da restrição da participação democrática dos sujeitos afetados pelo provimento jurisdicional e também do próprio julgador de primeiro grau, cujo papel é fundamental na interpretação do Direito.

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos “precedentes de propósito”, vez que nascidos por imposição da lei processual, pode favorecer a sumarização da cognição e a padronização decisória superficial para se alcançar uma justiça de números (eficiência apenas quantitativa), o que acarretará afronta ao modelo constitucional de processo.

---

74 TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011, p. 142-143.

75 TARUFFO, Michele. Processo civil comparado. *Ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131.

76 NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.*(orgs.) *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 497-498.

O Superior Tribunal Justiça, o qual deverá assumir o papel de “Corte de Precedentes”, já manifestou preocupação sobre a padronização das decisões e o uso desmedido do procedimento de pinçamento de recursos repetitivos representativos de controvérsia.

Nessa toada, Georges Abboud cita a fala do ministro Napoleão Nunes Maia em debate no Superior Tribunal de Justiça sobre o impacto dos julgamentos dos recursos repetitivos:

‘A nossa paixão pelos recursos repetitivos está nos tornando irracionais. Toda paixão tira a razão’, disse. Segundo o ministro, ‘as decisões tomadas pela sistemática de recursos repetitivos não nos dá o melhor’. Ele recordou que o julgamento nessa modalidade processual ‘gera um efeito cascata. Não sobe mais nada’. Questionando a possibilidade de reverter o *leading case*, afirmou que ‘mudar o precedente é um tsunami’: ‘São irreversíveis as decisões em recurso repetitivo. São mais veementes do que súmulas’, comentou. Para o ministro, ‘não é possível saber como vamos para o futuro com os repetitivos’. Napoleão Nunes Maia recordou a obra do sociólogo Zygmunt Bauman, ‘Medo Líquido’, que fala sobre os medos contemporâneos que assolam a sociedade: ‘Bauman, em seu livro, não falou dos recursos repetitivos, mas poderia’ – disse, arrematando sua fala com a frase: ‘Eu também tenho medo dos repetitivos!’<sup>77</sup>

Não se pode negar, pois, que o modelo de “precedentes obrigatórios” adotado pelo CPC/2015 representa uma mudança de paradigma não só para a interpretação do direito processual do país, mas na cultura jurídica brasileira, acarretando sérias consequências para a prática judiciária. Talvez por isso tal modelo deveria ter sido implementado mediante uma profunda reforma constitucional condizente com a ruptura do paradigma anterior, já que a novel legislação atribuiu aos tribunais, inclusive àqueles de segundo grau, o poder de definir teses jurídicas dotadas de caráter normativo geral e abstrato.

Nesse sentido, a crítica de José Rogério Cruz e Tucci ao art. 927 do CPC/2015:

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em

---

<sup>77</sup> ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 402-403.

princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade. À míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem.<sup>78</sup>

Júlio Rossi adverte que, a pretexto de intentar resolver o problema da litigiosidade relevante e de massa (constitucional e infraconstitucional), corre-se o risco de se alcançar uma solução meramente estatística e funcionalmente conveniente, em detrimento de “decisões qualitativamente satisfatórias sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional absolutamente legítima e eficiente”<sup>79</sup>.

Nesse contexto, a vinculação pura e simples aos julgamentos do IRDR, do IAC e de outros temas pelos tribunais locais ou regionais traz “o risco de que o entendimento jurisprudencial venha a ser fixado de forma prematura, ensejando novos dissensos, num curto lapso temporal, tendo em vista o surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do incidente”<sup>80</sup>.

Enfim, sem o esgotamento da temática controversa e o amplo dissenso interpretativo, o *status* de precedente vinculante conferido de forma automática pelo art. 927 do CPC a alguns julgamentos do Poder Judiciário, especialmente por tribunal de segundo grau, se mostra precipitado e muitas vezes inadequado, sob a ótica da participação e debate processual no processo democrático.

Daí a necessidade de análise sistemática da novel legislação sob a luz da independência judicial e indispensável participação do juiz na construção do provimento jurisdicional.

### **3. A independência judicial e o processo democrático:**

---

78 TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de (coords). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, p. 445/458, 2015, p. 454.

79 ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 208, jun 2012, p. 204.

80 ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.130.

O modelo constitucional de processo concebido pela Carta de 1988 estabelece contornos minuciosos e intangíveis da atividade jurisdicional, assegurando-se um espaço discursivo e amplo para o debate processual e, outrossim, servindo como um norte de fortes limitações ao legislador infraconstitucional.

O CPC/2015 e todas as demais normas processuais infraconstitucionais devem ser aplicados, portanto, à luz das balizas estabelecidas pela ordem constitucional democrática para que, havendo a mitigação de uma garantia, prevaleça "(...) a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau" <sup>81</sup>.

A independência judicial<sup>82</sup> assegurada pelo art. 95 da Constituição de 1988 constitui, nesse contexto, núcleo intangível do modelo constitucional de processo concebido no Estado Democrático de Direito.

É mais do que uma garantia pessoal do magistrado, é uma garantia da própria sociedade<sup>83</sup>, pois possibilita, em qualquer caso, um julgamento imparcial, imune a pressões sociais, políticas, econômicas ou de exigências dos próprios órgãos jurisdicionais.

Com efeito, a independência conferida aos magistrados outorga legitimidade democrática à atuação do Poder Judiciário, possibilitando que a função jurisdicional seja exercida com a responsabilidade, autonomia e a imparcialidade necessárias à adequada resolução dos conflitos sociais. <sup>84</sup>

A propósito, José de Albuquerque Rocha aponta as prerrogativas da independência e imparcialidade como essenciais à função jurisdicional exercida pelos

---

81 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 09.

82 Para Guilherme Botelho, a independência judicial não estaria incluída entre os direitos informativos do processo civil, indo além de seus princípios e garantias. O referido autor considera que a independência do juiz é fenômeno que pressupõe a própria existência da jurisdição. "Vale dizer, onde inexistente julgador independente e imparcial, sequer existe jurisdição". (BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101)

83 A independência do julgador depende da conjugação de outras cinco garantias que devem ser observadas em prol do juiz, mas que indiretamente também resguardam à própria sociedade no Estado de Direito: inamovibilidade; dignidade da profissão judicial, mediante instituição de carreira; independência econômica (remuneração condizente ao cargo e a garantia da sua irredutibilidade); execução de suas decisões (autoridade); e um órgão adequado para assegurar a realização das condições anteriores. (FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 35-53)

84 FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 9-11.

membros do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito:

Do ponto de vista teórico pode-se definir a independência como sendo a capacidade de decidir livre de toda influência interna ou externa. Significa a negação de sujeição a qualquer poder. A finalidade última da independência é de vincular o juiz exclusivamente à lei. O juiz é independente interna e externamente para ser dependente só da lei, ou seja, para que possa julgar com base somente na lei. A independência é, pois, um instrumento de realização do princípio da legalidade. Do ponto de vista político-sociológico, a independência tem por finalidade legitimar o judiciário, dando-lhe, assim, autoridade para impor suas decisões. (...) a imparcialidade, constituindo na posição de terceiro que o magistrado deve observar em relação às partes de um dado processo e aos interesses de que são portadoras, é, efetivamente, uma nota indispensável à configuração do papel do juiz e, por consequência da jurisdição. Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objetividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialidade é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos.<sup>85</sup>

Existem diversas formas de independência judicial e todas devem ser igualmente protegidas e respeitadas: a independência substantiva que corresponde à independência funcional ou decisória (as decisões judiciais e o exercício das atribuições de magistrado não estão sujeitas a nenhuma outra autoridade senão a do direito), independência pessoal (garantias individuais da magistratura, como a inamovibilidade e vitaliciedade no cargo), independência coletiva (participação judicial na administração das Cortes), e independência interna (independência de interpretação do direito em relação aos julgamentos dos tribunais).<sup>86</sup>

---

85 ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28-30.

86 DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Banco Mundial. *Documento Técnico n. 319*. 1996, p. 20-21. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br). Acesso em: maio 2016.

Os magistrados se distinguem entre si apenas em razão das funções exercidas no âmbito das suas respectivas competências constitucionais.

Assim, no sistema jurídico do Brasil de tradição romano-germânica, o juiz poderá, de forma fundamentada, dar diferente significado à lei nos casos submetidos ao seu julgamento, ainda que exista posicionamento em outro sentido fixado pelo tribunal, especialmente quando se está falando apenas nos tribunais das instâncias ordinárias, que não detém o papel constitucional de fixação de teses jurídicas dotadas de eficácia erga omnes.

É nesse contexto que surge a indagação se a legislação processual que preconiza a instituição de um sistema de precedentes vinculantes restringe ou ofende a independência judicial dos julgadores.

A controvérsia se apresenta especificamente em relação ao status de precedente obrigatório conferido pelo CPC 2015 a alguns julgamentos pelos tribunais locais, o que será objeto de análise no tópico a seguir.

### **3.1 Precedentes obrigatórios dos tribunais locais e a “magistratura deitada”:**

É certo que a definição de teses jurídicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à interpretação da Constituição, e do Superior Tribunal de Justiça, acerca da interpretação da legislação federal, privilegia a unidade do direito, devendo sim servir de parâmetro decisório para outras instâncias do Judiciário sem que isso vulnere a garantia da independência judicial.

Eduardo de Albuquerque Parente enfrenta a questão, defendendo que algumas decisões dos Tribunais Superiores deveriam ser realmente seguidas pelos demais juízes, mesmo que com elas discordem. Conclui que:

(...) essa nova realidade pressupõe que o juiz, individualmente, sintasse parte da estrutura propulsora da interpretação, não seu opositor. Deve ver na decisão uniformizante uma regra de direito para o bem da realidade jurídica e da própria estrutura judicial da qual faz parte, não uma camisa de força. (...) Isso equivale a dizer que o juiz consciente do seu papel deve pautar suas ações de acordo com a cúpula da estrutura judicial como se obrigação houvesse, mesmo que contrário à sua própria convicção. Isso não significa estar tolhido da sua liberdade de decidir, e sim ter noção de que é parte de uma estrutura que deve ter uma visão sobre determinados temas (em que a divergência seja infundada), sob pena de contribuir com a desigualdade e a incerteza jurídica. Esse é um reflexo do caráter



público da jurisdição.<sup>87</sup>

O mesmo entendimento não pode se aplicar, contudo, em relação ao julgamento de questões federais e constitucionais submetidos à competência dos tribunais locais e regionais, os quais não se caracterizam como “Cortes de Precedentes” e não constituem a última instância para análise de tais questões.

Ao se atribuir a eficácia vinculante e *erga omnes* ao julgamento de um mero tribunal local ou regional que não ostenta a função constitucional de uma Corte de Precedente, mas apenas de instância revisora, o CPC/2015 restringiu sobremaneira o debate processual, em prol de uma “falsa” uniformização jurisprudencial. Diga-se falsa, pois o julgamento de um tribunal local não pode vincular outro tribunal local e, no Brasil, a divergência ainda poderá subsistir entre várias cortes de local ou região diferente do país. Esse quadro pode vulnerar, por vias reflexas, a independência do juiz de primeiro grau que é uma garantia inerente ao processo democrático.

Haveria, assim, dois tipos de juízes: aqueles que interpretam a questão de direito, definindo tese jurídica de caráter *erga omnes* e vinculante, que são alguns julgadores do tribunal ordinário; e aqueles que se limitam a aplicar a decisão padronizada às demandas individuais, repetindo as anteriores, tornando o precedente judicial para as demandas semelhantes algo estático e acabado.

Em destacada passagem, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal manifestou seu inconformismo com a eficácia vinculante atribuída por lei ordinária a determinado julgamento do Poder Judiciário:

Não creio que aqueles que têm a função de julgar possam estar submetidos a algo diverso, estranho à própria consciência. Estou certo de que, pelo menos, da parte dos juízes, teremos uma resistência democrática e republicana, porque, se estivesse na primeira instância, trilharia esse caminho. Repito: as decisões do Supremo Tribunal Federal se impõem, não pelo papel, pelo fato de um dispositivo de lei ordinária dizer que essas decisões são obrigatórias, mas pela respeitabilidade, pelo conteúdo dessas mesmas decisões. A adoção da jurisprudência há de ser espontânea; cada processo é um processo, e devemos fugir a tudo que leve à generalização e à tendência do homem de se acomodar e evitar o

---

87 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência – da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

maior esforço.<sup>88</sup>

O engessamento da função judicante decorrente dessa hermenêutica de submissão faz lembrar uma metáfora crítica em relação aos três tipos de magistraturas na França: a magistratura sentada, porque os juízes trabalham sentados para análise e julgamento dos conflitos; a magistratura de pé, que é o Ministério Público que fala em pé ao nível do chão, e não sobre o estrado ao lado do magistrado (como acontece atualmente), e por isso se chama *Parquet*; e, por fim, a “magistratura deitada”, que, em uma metáfora, representaria a posição do juiz ao aplicar de forma mecânica a sistemática de precedentes vinculantes tal como preconizado no Brasil. É aquela magistratura, que antes de decidir, deve esperar passivamente a posição do tribunal local para saber como deve aplicar o direito.<sup>89</sup>

A censura realizada pelo tribunal de segundo grau, como corte de revisão na sua essência, deveria situar-se apenas no plano jurisdicional para resolver, em novo julgamento, a causa apresentada, sem interferir na independência do juiz *a quo*. Ou seja, os tribunais ordinários devem se limitar a dar solução ao caso concreto sem ditar parâmetros obrigatórios de caráter normativo e teses jurídicas para julgamentos futuros.

É bom ressaltar que não se defende a rebeldia judicial e a chamada “jurisprudência lotérica”, mas sim o respeito indispensável ao protagonismo legítimo das partes afetadas e do juiz na interpretação do direito para a construção do provimento jurisdicional no espaço público discursivo e participativo do processo democrático.

Defende-se, na verdade, a rebeldia preconizada por Nalini, que reforça o papel do juiz moderno na interpretação do ordenamento e na busca do direito justo, *in verbis*:

(...) Um juiz rebelde - leia-se juiz ético - não se conforma com esse estado de coisas. E muitos deles já existem. (...) Para afirmar-se como Poder do Estado, o Judiciário precisa dos bons rebeldes. Aqueles que se não recusem a um *plus*. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça. (...) É por isso que se insiste num juiz rebelde, revoltado, teimoso e desobediente. Rebelde com causa; revoltado com a justiça; teimoso em reformar o mundo; desobediente em relação a regras superadas,

88 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. na Reclamação n. 1880-6, DJ 19/03/2004, p. 72. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: maio 2016.

89 GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. *Revista de Processo*. Volume 222. São Paulo: RT, ago/2013, p. 235-236.

formalismos estéreis e preconceitos alimentados pelo arcaísmo.<sup>90</sup>

Ou seja, um juiz que personaliza o modelo constitucionalista de atuação judicial, na visão de Luiz Flávio Gomes.<sup>91</sup>

Com efeito, o juiz de primeiro grau não pode ser visto como um mero aplicador mecânico da letra da lei ou do enunciado da jurisprudência, ou do precedente vinculante, um computador programado para apenas processar a tese jurídica definida pelo tribunal, extraindo uma solução automática ao caso concreto.

Dentro do contexto de uma sociedade globalizada e de uma produção jurídica superlativa e complexa, o juiz contemporâneo deve ser comprometido, antes de tudo, com a completude da decisão do conflito, vista não como ato processual isolado, mas como resultado da efetiva cooperação e do debate processual desenvolvido em contraditório pelas partes no modelo constitucional de processo.

Para tanto, faz mister um juiz pró-ativo e independente, que analise com propriedade direitos e princípios debatidos no processo para que não apresente soluções demasiadamente simplistas frente à complexidade dos fatos ou para que não reproduza mecanicamente a interpretação já dada pelo tribunal sem se debruçar sobre os fundamentos submetidos ao debate processual.

Calamandrei explica muito bem o dilema vivido pelo magistrado. O risco das causas se encontra no antagonismo: *"entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo"*.<sup>92</sup>

---

90 NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 154-158.

91 Luiz Flávio Gomes elabora, de forma crítica, cinco modelos de atuação judicial. O juiz adstrito exclusivamente à lei representa o modelo "positivista-legalista"; o que coloca, de acordo com seus critérios pessoais, o valor "justiça" acima de tudo, inclusive da lei, retrata o modelo "alternativista extremado"; o que aceita a súmula vinculante, espelha o modelo opressivo hierárquico; por último, o que tem por base o "direito" (globalmente considerado – interno e internacional) personaliza o modelo constitucionalista de atuação judicial. Um "quinto" modelo de atuação judicial que, na verdade, não é nenhum modelo, senão uma aberração, não se vale de nenhum dos referenciais até aqui mencionados: consiste no juiz politicamente engajado com o Estado "autoritário" (...) Cuida-se de "modelo" que nem sequer alcança o nível mínimo da legalidade (exercita-se, destarte, na sublegalidade) (GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura*: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilização do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 128-129)

92 CALAMANDREI, Pietro. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 185.

Desse modo, manejando a lei no caso concreto, o juiz também a enriquece e contribui para o desenvolvimento do direito e o alcance da interpretação mais justa e adequada para aquele tipo de conflito. Isso é verdade tanto para os países da *common law* quanto para os países da tradição romano-germânica.<sup>93</sup>

Esse papel fundamental do magistrado, especialmente daquele atuante no primeiro grau, somente poderá se efetivar se respeitada a garantia constitucional da independência judicial, o que foi restringido sobremaneira pela força normativa e vinculante de julgamentos pelos tribunais locais, cortes de mera revisão.

A questão merece ser analisada ainda sob o viés do pensamento de Ronald Dworkin acerca da teoria da integridade do direito e sua aplicação no *common law*, que também deve ser considerada para o melhor entendimento do Sistema de Precedentes concebido pelo CPC/2015 e, especialmente, para a definição do papel do juiz de primeiro grau.

Com efeito, a criação de técnicas processuais, voltadas primordialmente à aceleração da prestação jurisdicional e à concentração da proteção jurídica no âmbito da segunda instância da jurisdição ordinária, possui tão somente a capacidade de conduzir a uma justiça pronta e padronizada, sem espaço para o debate e a interpretação do direito.

Para Dworkin, por sua vez, embora o direito deva ser analisado como um todo, evitando-se julgamentos isolados do contexto geral e da história institucional, o juiz não pode agir de maneira mecanizada, simplesmente reproduzindo decisões prontas.

O referido autor americano se utiliza de uma metáfora, “o romance em cadeia”, ao comparar o juiz a um crítico responsável por interpretar as variadas dimensões e sentidos possíveis de uma peça ou poema complexo.<sup>94</sup>

Em outras palavras, a história do Direito, da atividade legislativa e da interpretação judicial pode ser comparada a um romance redigido de modo coerente e continuado, em que cada romancista posterior, desprovido de liberdade plena, escreve sua parte da obra em continuação ao que já havia sido escrito pelos anteriores.

Cada juiz agiria, segundo o autor americano, como um verdadeiro romancista em um grupo encarregado da construção de um capítulo de uma obra, devendo, assim como num romance, preocupar-se em manter uma lógica evolutiva desse novo capítulo com toda a obra que já fora escrita, sem, contudo, encerrá-lo, de forma a permitir que

---

93 VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do Direito: o que o juiz deve saber. A formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 18.

94 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

outro romancista possa dar continuidade à obra com um novo capítulo. Cada um deve escrever o capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, assegurando sua evolução.<sup>95</sup>

O Direito também é assim, um produto coletivo de uma sociedade não estática, mas em permanente evolução. Ao proferir um julgamento, os juízes devem se voltar para os julgados do tribunal e chegar a um posicionamento sobre o que os demais julgadores decidiram, de forma coletiva, sobre aquele caso semelhante. Ao agir dessa forma, esse juiz atuará como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sem desprezar o que tem em mãos a partir de uma nova decisão.

Enfim, o juiz, ao decidir um caso, não pode considerá-lo como um caso isolado, mas inserido em um todo (integridade), num processo construtivo a que o julgador dá necessária continuidade.

Isso não significa que o juiz tenha de repetir mecanicamente a mesma decisão passada quando está diante de um caso similar, pois que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor (pois acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do passado (pois que o interpreta).<sup>96</sup> O juiz não é um mero repetidor, mas, ao mesmo tempo, intérprete e criador da decisão.

Nesse sentido, a advertência de Maurício Ramires:

(...) quando se diz que o juiz tem uma obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não significa que ele deve ser “a boca da jurisprudência”. Menos ainda se quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. A integridade não traz semelhantes facilidades e, ao contrário, traduz-se em um ônus adicional.<sup>97</sup>

A racionalidade e objetividade do conteúdo da decisão judicial, que deve respeitar a integridade do direito, estão presentes na sua coerência e conexão com a evolução histórica, as necessidades, tendências e ideais da sociedade em determinado

---

95 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

96 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os problemas na utilização do “Marco Zero Interpretativo”. In: MAGALHÃES, Flaviane Barros; BOLZAN, José Luiz (Coord.). *Reforma de processo civil: perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86.

97 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

tempo refletidos na Constituição. Em razão disso, "ao juiz cabe exercer a jurisdição como um participante que dialoga com a sociedade mediante a reinterpretação construtiva do Direito, o respeito à Constituição e a aplicação dos princípios jurídicos adquiridos ao longo da tradição histórico-institucional da comunidade onde está imerso".<sup>98</sup>

A força vinculante atribuída pelo CPC/2015 a alguns julgados dos tribunais locais apresenta-se como nociva ao sistema jurídico, pois implica, em prol apenas da celeridade, que o direito se limitará ao que já foi decidido no passado, não havendo mais espaço para reinterpretação, mas apenas para se aplicar mecanicamente o que definido pelo tribunal local como uma fórmula padronizada e fechada, presumindo-se que nela conterá absolutamente toda a solução da questão jurídica conflituosa. Tanto é assim que o CPC/2015 possibilita a reclamação direta ao tribunal local, caso o juiz da demanda não reproduza a tese jurídica padrão ao caso.

### **3.2 A técnica de ressalva de entendimento como forma de se minimizar o esvaziamento do papel do juiz de primeiro grau na interpretação do direito**

Para além da crítica ao sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015, especialmente em relação à força vinculante de julgamentos dos tribunais locais, é necessário indagar se é possível vislumbrar uma forma de atuação do juiz de primeira instância que amenize o esvaziamento de sua atuação na interpretação do direito e, principalmente, permita-lhe influir concretamente na formação e superação de precedentes.

Mesmo em um sistema de precedentes obrigatórios, a primeira instância deve ser valorizada. É a porta de entrada da grande massa dos jurisdicionados no Brasil, estando em contato direto com os fatos do caso concreto e com o cidadão que intenta uma prestação jurisdicional rápida, efetiva, mas principalmente qualificada, que analise as questões relevantes debatidas no processo, sem causar surpresa ou perplexidade.

Já advertia o mestre Carlos Maximiliano sobre a importância da atuação do magistrado de primeiro grau:

(...) veem estes de mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem à justiça: uma jurisdição demasiado elevada não é apta a perceber rápida e nitidamente a corrente das realidades sociais. A nova lei vem de cima; as boas jurisprudências fazem-se embaixo.<sup>99</sup>

<sup>98</sup>FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 74.

<sup>99</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 180.



Com efeito, se o modelo de precedentes instituído pelo CPC/2015 se presta a reforçar o poder dever do Judiciário na solução de litígios, deve partir de uma reestruturação na forma de conceber as decisões de primeira instância, sob pena de assumir o risco de cometer os mesmos equívocos de outrora: “estabelecer um plano estratégico a partir de cima com a massificação irrefletida de baixo”.<sup>100</sup>

Nesse contexto, a aplicação dos precedentes, ainda que se admita a força vinculativa para alguns julgados tal como preconizada pela novel legislação e combatida neste artigo, não deve ocorrer de modo mecânico, impossibilitando que o juiz prolator da decisão promova a possibilidade de melhoria do sistema, sob pena de reduzi-lo a um mero autômato, um juiz eletrônico.

Visto o juiz de primeiro grau como um dos sujeitos do contraditório substancial no modelo constitucional do processo democrático, cuja participação é fundamental para assegurar a legitimidade do provimento jurisdicional, ele também deve ter o poder de auxiliar na formação dos precedentes, seja concordando com sua aplicação, seja distinguindo em virtude de especificidades do caso, seja sustentando contrapontos para que o tribunal leve em consideração novos argumentos, mesmo que seja instado a aplicar o padrão decisório do tribunal.

Nesse sentido, ao comentar o sistema inglês, Thomas Bustamante leciona que o caráter vinculante do precedente não induz à impossibilidade do juiz ou tribunal dialogar com a corte que formou o precedente:

Fora da House of Lords, aliás, a prática de rever os próprios precedentes é ainda considerada expressamente proibida, de sorte que, se uma corte inglesa de apelação tiver posicionamento contrário ao seu próprio precedente, deve, ao invés de revê-lo, conceder leave to appeal e remeter o processo para a corte superior. Esse é, com efeito, o entendimento reiterado por Lord Bingham em um caso de discrepância entre os tribunais ingleses acerca da aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Como Lord Hailsham observou, ‘em questões jurídicas, um certo grau de certeza é ao menos tão valioso quanto uma parte de justiça ou perfeição’. Esse grau de certeza é mais bem alcançado ao se aderir, mesmo no contexto convencional, a nossas regras sobre precedentes judiciais. Será com certeza ônus dos juízes revisar os argumentos

---

100 CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCPD. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 744.

convencionais dirigidos a eles, e se eles considerarem um precedente vinculante inconsistente, ou possivelmente inconsistente, com as authorities de Strasbourg, eles podem expressar suas opiniões e dar trânsito à apelação [leave to appeal], como a *Court of Appeal*/fez aqui. *Leap-frog appeals* podem ser apropriados. Nesse sentido, na minha opinião, eles se desincumbem de seu dever estabelecido pelo Act de 1998. Mas eles devem seguir o precedente vinculante, como também fez a *Court of Appeal* nesse caso.<sup>101</sup>

Assim, para possibilitar o referido diálogo com a Corte, ganha relevância a “técnica da ressalva de entendimento” (*disapproval precedent*).

Ou seja, constatada, em primeira instância a partir do debate processual, alguma interpretação mais adequada à Constituição e à legislação infraconstitucional, que contrarie um precedente obrigatório, o julgador aplicará o precedente vinculante, mas deverá fazer referência ao seu entendimento divergente com ampla fundamentação, dando a oportunidade para que as demais instâncias possam superar a interpretação firmada.

Nas palavras de Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares:

(...) vale ressaltar que a ressalva de entendimento a que se refere nesse tópico é, como dito, a técnica específica de decisão, na qual o dispositivo está em conformidade com o precedente, mas a fundamentação é realizada segundo o entendimento que pretende influir para revertê-lo. Difere, portanto, do sentido majoritariamente atribuído à expressão no Brasil em que é empregada para designar que dado julgamento colegiado não foi unânime, sem referir-se a divergência específica quanto aos elementos condicionantes da *ratio* de dado precedente. (...) A técnica não é voltada especificamente para a primeira instância, ressalta-se, antes, constitui método de decisão estratégica no sistema de precedentes. Tem aptidão, assim, para influir concretamente na reformulação de entendimentos sem interferir negativamente na segurança jurídica e na expectativa das partes.<sup>102</sup>

---

101 BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 425-426.

102 CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes

Importante ressaltar que a decisão que aplica o precedente vinculante, com a técnica de ressalva de entendimento do julgador para 'dialogar' com a corte superior e influenciar eventual alteração ou superação do precedente, não é contraditória em sua fundamentação, de modo que não seriam cabíveis os embargos de declaração.<sup>103</sup> A fundamentação apresentada pelo juiz é apenas uma técnica para marcar seu posicionamento, permitindo que as instâncias superiores tenham ciência daqueles argumentos.

Eventual recurso da parte interessada, em tais casos, devolverá o conhecimento ao tribunal da importância dos argumentos propostos em instância inferior que se contrapõem ao precedente, o que pode convencer o tribunal sobre a necessidade de modificar ou superar a interpretação do direito até então definida.

O uso da referida técnica encontra respaldo no CPC/2015, que permite a alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores, bem como a alteração de enunciado de súmula e de tese jurídica adotada em julgamento de casos repetitivos desde que amplamente fundamentada, observando-se a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia (§4º do art. 927). Ademais, inclusive deixa aberta a possibilidade da modulação temporal da alteração atendidos os interesses sociais e a segurança jurídica (§3º do art. 927).

Ou seja, o *overruling* pode ser reconhecido tanto em relação às súmulas quanto em relação aos precedentes. Poderá o Tribunal, impulsionado pela técnica da ressalva de entendimento, decidir que houve modificação substancial do entendimento acerca de determinada norma (decorrente de "alteração econômica, política ou social referente à matéria") ou, mais formalmente, que a própria norma foi alterada, havendo a necessidade de "superação".

Desse modo, a técnica da ressalva de entendimento, possibilita a aplicação do precedente, respeitando a expectativa das partes, mas ao mesmo tempo, pelo menos na teoria, valoriza a primeira instância quanto à possibilidade de construção e aperfeiçoamento da interpretação do direito, já que pode influenciar novos debates e a reformulação da tese jurídica já definida pela Corte Superior.

A referida técnica é, sem dúvida, importante para a oxigenação do direito

---

Temas do NCPC. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 745.

103 Nesse sentido é o enunciado n. 172 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória". (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 365)

jurisprudencial, mas somente terá utilidade prática no sistema de precedentes adotado no Brasil se ocorrer uma drástica mudança quanto à forma atualmente existente de julgamento pelos tribunais.

### **3.3 Técnica de utilização do precedente: o *distinguishing* como forma de incentivo ao debate processual e à interpretação do juiz de primeira instância**

Para se evitar o esvaziamento do papel do juiz da primeira instância e do próprio contraditório substancial – elementos intangíveis do modelo constitucional de processo, o precedente vinculante jamais poderá ser visto como um esgotamento argumentativo que deve ser aplicado de modo automático para as causas repetitivas, especialmente quando emanado dos tribunais locais da instância ordinária (os quais, ressalta-se, não possuem o papel constitucional de Corte de Precedentes).

É preciso assegurar que, diante do caso subsequente (e das especificidades deste), o juiz terá o poder de analisar, de modo discursivo, amplo e profundo se o precedente obrigatório deverá ou não ser repetido como fundamento determinante daquele julgamento.

Por isso, segundo Guilherme Bacelar, a aplicação subsuntiva da tese obtida a partir da *ratio decidendi* de um precedente ao caso subsequente depende da demonstração não apenas das semelhanças fáticas, mas principalmente da identidade substancial das questões de direito debatidas no processo. Se, no caso posterior, existir algum outro ponto controvertido, além daqueles analisados no *precedent case*, o julgador deverá resolvê-lo no caso concreto, podendo ampliar ou reduzir o campo de incidência da tese firmada, e faz com nítido respaldo na sua independência judicial. Pode ocorrer, inclusive, o afastamento justificado do precedente – *judicial departures*.<sup>104</sup>

Fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o caso paradigma que deu origem ao precedente, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação da orientação vinculante.

Trata-se, enfim, de uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso subsequente a ser decidido apresenta alguma peculiaridade, que autoriza o afastamento da tese jurídica, possibilitando que a nova

---

104 ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 2016, 296f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 57-58.

decisão seja tomada independentemente daquela.<sup>105</sup> A referida técnica não implica a revogação ou abandono do precedente – sua validade como norma universal não é infirmada – mas apenas permite sua não aplicação a determinado caso considerado distinto.

Guilherme Bacelar enfatiza a existência de dois momentos na aplicação da técnica de distinção de casos: a distinção operada dentro do próprio precedente pela qual se identifica a *ratio decidendi* (a tese jurídica), distinguindo-a da parte da sua fundamentação que constitui apenas *obiter dictum*, de modo a separar os fatos materialmente relevantes daqueles irrelevantes para o resultado da decisão; e, no segundo momento, a distinção entre casos, pela qual se demonstra as diferenças relevantes entre o caso anterior e o presente, mostrando racionalmente que a tese jurídica do precedente não se aplica ou se adéqua ao processo presente. Os dois momentos são essenciais para a correta realização da distinção e para o afastamento racional do precedente pelo julgador do caso subsequente.<sup>106</sup>

Percebe-se, nesse contexto, que a distinção é fundamental para a participação do juiz e dos demais sujeitos processuais na interpretação e construção do direito, contribuindo para a evolução do ordenamento. Na lição de Dierle Nunes e André Horta:

É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.<sup>107</sup>

---

105NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 212.

106ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 2016, 296f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 61.

107 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de;

O *distinguishing* qualifica-se, no contexto do sistema de precedentes obrigatórios, como instrumento indispensável para a ruptura do engessamento jurisprudencial e tanto maior será sua importância e necessidade no ordenamento jurídico quanto maior for a autoridade conferida aos precedentes judiciais, assegurando o espaço argumentativo e discursivo em que poderão transitar os sujeitos processuais – partes e o juiz – na construção em contraditório do provimento jurisdicional a ser dado ao caso concreto.<sup>108</sup>

O CPC/2015 adotou a técnica da distinção, prevendo que a decisão não será considerada fundamentada se o julgador deixar de seguir precedente vinculante sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento (inciso VI, § 1º do art. 489). As diferenças que serão ou não relevantes para a adoção da técnica da distinção deverão ser avaliadas pelo juiz caso a caso.

Deve-se valorizar o *distinguishing* no sistema brasileiro, sob pena do total engessamento e mecanização da prática judicial.

Defende-se que, para se assegurar a ampla participação das partes e do juiz na construção do provimento jurisdicional, a técnica da distinção deve ser utilizada sem restrições, bastando que haja qualquer diferença relevante capaz de alterar a interpretação do direito no caso em julgamento. Ou seja, a diferença que justifica a adoção da técnica pode ser tanto de substrato fático quanto de fundamento jurídico.

Com efeito, muitas vezes se depara com demandas repetitivas, que apresentam fundamentos jurídicos distintos, uns de natureza constitucional e outros, infraconstitucional, por exemplo, de modo que se o julgamento paradigma que deu origem ao precedente não tiver analisado todos aqueles fundamentos, caberá ao juiz do caso concreto proceder à nova interpretação do direito a partir daqueles argumentos ainda não analisados, à luz da sua independência judicial e sem que haja violação à força vinculante do precedente.

Se, de um lado, a formulação de teses jurídicas e de enunciados de súmulas pelas Cortes de Precedentes podem favorecer a uniformidade do direito e a previsibilidade das decisões, de outro, não deve servir como engessamento da interpretação jurídica, devendo o juiz, em qualquer caso, analisar, de forma racional e discursiva, os casos que lhe

---

MACÊDO, Lucas Buril de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCP. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 309.

108NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCP. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 332-333.



são submetidos, aplicando ou deixando de aplicar o precedente judicial com base em razões de fato e de direito construídas e debatidas em contraditório substancial pelos sujeitos processuais.

O que é essencial na utilização da referida técnica é que haja, em qualquer hipótese, a motivação, conforme preconiza o art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, assegurando a participação do juiz na interpretação do direito a partir do contraditório desenvolvido no processo.

#### **4. Conclusão:**

Conforme se expôs no presente ensaio, de acordo com o sistema processual brasileiro, alguns julgamentos serão considerados, por força de lei, “precedentes judiciais obrigatórios” ainda que não proferidos pelos Tribunais Superiores.

Atribuiu-se a presunção absoluta de que todas as decisões proferidas nas hipóteses elencadas no art. 927 do CPC/2015 terão relevância e ampla fundamentação para definição de teses jurídicas dotadas de verdadeiro caráter normativo, as quais repercutirão, de forma vinculante, nos casos subsequentes.

Esses julgamentos-paradigma formam o que se pode chamar de “padronização decisória preventiva”, servindo como um perigoso instrumento centralizador, de natureza presumidamente fechada e estática, que poderá engessar a interpretação do direito por outros órgãos jurisdicionais.

É por isso que o juiz de primeiro grau não pode ser visto como um mero aplicador mecânico da letra da lei ou do enunciado da jurisprudência, um computador programado para apenas processar a tese jurídica definida pelo tribunal, extraíndo uma solução automática ao caso concreto.

No processo democrático, o juiz deve ser comprometido, antes de tudo, com a completude da decisão do conflito, vista não como ato processual isolado, mas como resultado da cooperação e do debate processual desenvolvido em contraditório pelas partes.

Esse papel fundamental do magistrado, especialmente daquele atuante no primeiro grau, somente poderá se efetivar se for respeitada a garantia constitucional da independência judicial, evitando-se o engessamento do debate e interpretação do direito controvertido.

Nesse contexto, entende-se que a atuação proativa ou prospectiva na construção e interpretação do direito deve ficar restrita às modernas cortes supremas, que assumem posição como vértice da organização hierárquica jurisdicional.

Ou seja, somente ao órgão do Judiciário que desempenha a função constitucional de uma verdadeira “Corte Suprema” é que se deve outorgar a função de definir teses jurídicas, com eficácia *erga omnes* e vinculante, para uniformização do direito, assegurando a coerência, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema.

No Brasil, defende-se que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenham o papel constitucional de “Cortes Supremas”, permitindo que suas decisões assumam a qualidade de precedentes.

Os tribunais locais e regionais, por sua vez, integram apenas a instância ordinária, cujo papel é apenas de corte de revisão das decisões proferidas pela primeira instância. Ao contrário do previsto para as Cortes Supremas, cabem aos órgãos jurisdicionais ordinários – juízes de primeira instância e aos tribunais locais ou regionais – cuidarem da solução das controvérsias, realizando a devida apuração dos fatos e a aplicação do direito aos casos concretos para tutelar o direito das partes. Não agem com caráter prospectivo e para construção de teses jurídicas. Mesmo porque também não deteriam a última palavra sobre a questão constitucional ou federal, que ficará sujeita aos meios impugnativos endereçados às Cortes Supremas.

Enfim, eventuais divergências jurisprudenciais no âmbito das instâncias ordinárias não podem ser vistas como um mal para o Sistema de Justiça, pois elas enriquecem o debate, de maneira que as Cortes Supremas poderão desempenhar seu papel com maior segurança, no tempo próprio e pelos meios processuais constitucionalmente previstos, valendo-se da maior quantidade e, principalmente, qualidade dos fundamentos jurídicos apresentados em prol ou contra determinada interpretação do direito.

## 5. Bibliografia:

ABBOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e Judicial*. o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 2016, 296f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia

Temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. na Reclamação n. 1880-6, DJ 19/03/2004, p. 72. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: maio 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CALAMANDREI, Pietro. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCPD. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Banco Mundial. *Documento Técnico n. 319*. 1996, p. 20-21. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilização do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. *Revista de Processo*. Volume 222. São Paulo: RT, ago/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do*

recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre *et al.*(orgs.) *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os problemas na utilização do "Marco Zero Interpretativo"*. In: MAGALHÃES, Flaviane Barros; BOLZAN, José Luiz (Coord.). *Reforma de processo civil: perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCPC. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisão*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, set. 2011.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência – da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Elle Gracie Northfleet. *Revista Forense*, v. 327, 1990.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 208, jun 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR., Jaldemiro R. de (coords). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, p. 445/458, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do Direito: o que o juiz deve saber. A formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

## **FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE: MUDANÇAS RELEVANTES E PANORAMA ATUAL**

**ANA LAURA ALVES DE SOUZA:**

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)/ Palmas – TO, Brasil.

**YURI ANDERSON PEREIRA JURUBEBA**<sup>109</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal tratar sobre a incidência do foro por prerrogativa de função na jurisprudência da Suprema Corte brasileira. Além de apresentar um apanhado geral acerca das características funcionais do referido instituto, serão elucidadas algumas questões que estão em constante debate na jurisprudência brasileira, tais como a excessiva abrangência da prerrogativa de foro no ordenamento jurídico e sua consequente disfuncionalidade, tendo como objeto de análise os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, além de pesquisas bibliográficas na doutrina, monografias, outros artigos científicos e no texto da lei. Em síntese, por afetar diretamente parlamentares, membros do executivo e ocupantes de importantes cargos jurídicos, a prerrogativa de foro é assunto polêmico e de constante discussão, à vista disso é que foi pautado o interesse em dissertar sobre o tema.

**Palavras-chave:** foro por prerrogativa de função; caráter disfuncional; particularidades; polêmicas; questão de ordem; jurisprudência; mudanças; panorama atual; Suprema Corte.

**ABSTRACT:** The main objective of this article is to deal with the incidence of the forum by prerogative of function in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. In addition to presenting an overview of the functional characteristics of the aforementioned institute, some issues of constant debate will be elucidated, such as the excessive scope of the prerogative of forum in the Brazilian legal system and its consequent dysfunctionality, having as object of analysis the cases judged by the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** forum by prerogative of function; dysfunctional character; particularities; controversies; question of order; jurisprudence; changes; current overview; Supreme Court.

---

109 Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: yuri.jurubeba@yahoo.com.br.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Do foro por prerrogativa de função em si: 2.1 Foro por prerrogativa de função x foro privilegiado; 2.2 Origem: 2.2.1 O foro por prerrogativa de função nas cidades-estados gregas; 2.2.2 O foro por prerrogativa de função no Egito Antigo. 3. A incidência do foro privilegiado em algumas constituições brasileiras. 3.1. A prerrogativa de foro na Constituição Federal de 1988. 4. Particularidades e polêmicas acerca do instituto do foro por prerrogativa de função: 4.1 A exagerada abrangência do foro por prerrogativa de função no Brasil em comparação com países desenvolvidos; 4.2 O caráter disfuncional do foro por prerrogativa de função e as críticas atinentes a ele; 5. A necessidade de mudanças no instituto em virtude da alta demanda de processos na Suprema Corte. 5.1 Ausência do duplo grau de jurisdição para indiciados com prerrogativa de foro. 6. O foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro: 6.1 O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte acerca do foro por prerrogativa de função; 6.1.1 A prerrogativa de foro nos casos de conexão ou continência; 6.1.2 A mitigação da importância às imunidades parlamentares no julgamento envolvendo o então deputado Jair Messias Bolsonaro; 6.2 A aplicação da prerrogativa de foro nos casos de improbidade administrativa; 6.3 A questão de ordem na ação penal 937: sentido e alcance da prerrogativa de foro. 7. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 não apresenta um conceito que defina o foro especial por prerrogativa de função, ela apenas traz as hipóteses, por meio de um rol taxativo, dos cargos que são amparados por tal prerrogativa, cabendo à doutrina e à jurisprudência dissertar a respeito de seus aspectos instrumentais.

Trata-se de um mecanismo de modificação de competência utilizado para garantir um julgamento parcial nos casos que envolverem algumas autoridades públicas. Sob esse prisma, é possível extrair dois pilares do instituto: refere-se à hipótese de modificação de competência e proteção a cargos públicos, e não a pessoas.

O nascimento do instituto se deu então da necessidade de garantir um julgamento justo e imparcial àqueles que ocupam cargos de destaque na organização político-administrativa. Isso porque acreditou-se que caso pessoas ocupantes de funções de alta relevância fossem julgadas por juízes de primeira instância a imparcialidade estaria comprometida em virtude da relação hierárquica entre julgador e acusado. Note ainda que a prerrogativa de foro somente pode ser invocada em casos de matéria penal e quando se tratar de crimes de responsabilidade, não abarcando infrações de natureza cível.

Outra justificativa para a existência da prerrogativa de foro se apoia sobre a necessidade de proteção ao exercício de funções de alta relevância. Isso porque entendeu-se que ao realizar o julgamento de algumas autoridades públicas havia o risco de o juiz

singular agir tomado pela sua própria ideologia e de acordo com suas vertentes políticas, não com base nas disposições legais em si.

O presente artigo tem então como propósito tentar elucidar a questão do instituto do Foro Por Prerrogativa de Função no ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma análise de sua ocorrência nos casos de maior destaque julgados pela Suprema Corte.

Para conseguir chegar a tal resultado, preliminarmente, discutir-se-á a respeito da definição doutrinária atribuída ao instituto e ainda sobre sua disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de tornar possível o entendimento acerca de seu funcionamento nos dias atuais. Importa fazer também um apanhado histórico sobre sua origem, o que possibilitará entender as bases e motivos que o criaram.

Dando prosseguimento, é imprescindível a análise de como o instituto surgiu pela primeira vez no Brasil e como se deu seu desenvolvimento até a forma como é aplicado nos dias atuais.

Após realizado o estudo das disposições gerais que permeiam o “Foro Por Prerrogativa de Função” o presente artigo buscará apresentar suas particularidades e polêmicas, as quais são objetos de constante e permanente discussão. Neste tópico, questões como a eventual disfuncionalidade e a alta demanda de processos na Suprema Corte em razão da excessiva aplicabilidade da prerrogativa de foro serão apresentadas.

E, adentrando no tema central deste artigo, qual seja a ocorrência e efeitos do “Foro Por Prerrogativa de Função na jurisprudência da Suprema Corte brasileira”, serão apresentados casos emblemáticos que permitiram um novo entendimento sobre o instituto, dando enfoque à Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937, responsável por definir uma interpretação extensiva acerca do sentido e alcance da prerrogativa de foro.

## **2. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM SI**

### **2.1 Foro por Prerrogativa de Função x Foro Privilegiado**

Em razão do caráter polêmico que engloba a existência da prerrogativa de foro, uma vez que representa uma diferenciação no tratamento jurídico dado a pessoas que ocupam alguns cargos, questões acerca da legitimidade do instituto estão sempre em discussão. Grande parte dessas discussões consistem na alegação de que a prerrogativa de foro fere o princípio da igualdade, um dos pilares da Constituição Federal brasileira.

No entanto, é importante destacar que essa prerrogativa, como o próprio nome diz e como já foi mencionado acima, busca proteger o exercício de cargos ou funções públicas, pouco importando a pessoa física que os ocupa, e garantir um julgamento livre de

parcialidade nesses casos. Não se trata, pois, de um privilégio, que nesse caso é concedido em razão de características pessoais e não existe no ordenamento jurídico brasileiro. Sob esse aspecto são os dizeres de Távora e Alencar:

[...]Permite-se, assim, enaltecer a função desempenhada, e evitar as pressões indiretas que poderiam ocorrer se as diversas autoridades fossem julgadas pelos juízes de primeiro grau. Para proteger o exercício do cargo ou da função que tenha relevância constitucional estatal, contra investidas de toda a ordem, para assegurar ao acusado detentor de prerrogativa de função um julgamento com menor suscetibilidade a pressões externas (porque colegiado), bem como para proteger o julgamento contra ameaças de pressões do próprio acusado, prevê o ordenamento jurídico a prerrogativa de função. (2015, p. 377)

Nesse sentido é o entendimento do Ministro Marco Aurélio na ação de *Habeas Corpus* nº 88.536: “A prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado”. (HC 88.536, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 25-9-2007, Primeira Turma, DJE de 15-2-2008). Por conseguinte, vislumbra-se que o entendimento da Suprema Corte está direcionado no sentido de afastar qualquer hipótese que possibilite tratamento privilegiado a alguém em razão de características pessoais.

## 2.2 Origem

### 2.2.1 O foro por prerrogativa de função nas cidades-estados gregas

Antes de adentrar no estudo sobre o funcionamento do instituto do foro por prerrogativa de função e suas implicações nos casos reais, faz-se necessário entender sobre sua origem e desdobramentos que o transformaram na forma em que conhecemos hoje.

O primeiro indício de que se tem notícia sobre a origem do foro remonta à data de 1.100 a.C, no chamado Período Homérico, compreendido entre o fim da civilização Micênica e o início do surgimento das Cidades-Estados gregas, “[...] uma vez que, já nesta época, verificava-se a concessão de benefícios para aqueles indivíduos que detinham a função judicante ou que integravam o corpo estatal.” (BARROCAS, 2018 p. 12). Além do que, a organização social desse período era totalmente definida pela família a qual o indivíduo fazia parte, entendendo-se por família o grupo de pessoas que dividia a mesma terra. Sendo assim, somente as pessoas pertencentes aos grupos mais abastados tinham privilégio de participar das decisões políticas.

De forma gradual, as sociedades familiares foram se espalhando pelo território compreendido ao longo do Mar Mediterrâneo e assim formavam-se as *pólis*, cidades que detinham o controle sobre sua organização, possuindo leis e governos próprios e independentes. Apesar de serem consideradas como berço da democracia, esta não era vivenciada por toda a população. Apenas aqueles considerados cidadãos, homens livres nascidos na Grécia, tinham o privilégio de participar das decisões pertinentes à administração pública. Nesse sentido confirma Giordani (2001, p. 161): “Houve, desde a Grécia antiga, uma nítida estratificação dos segmentos sociais e foram concedidos privilégios àqueles que eram considerados cidadãos livres”.

Nesse contexto, detinham privilégio os magistrados, que ao cometimento de algum ato ilícito eram julgados pelos chamados “reparadores”, que nas lições de Platão em sua obra “As Leis”:

[...] examinarão a gestão dos diversos magistrados, uns eleitos pelo acaso do sorteio para um ano de mandato, outros para vários anos e escolhidos a partir de um elenco de pessoas já seletas. O que poderíamos afirmar com propriedade a respeito deles? Quem terá competência para atuar como reparador relativamente aos magistrados em pauta? E se suceder que algum deles atue de maneira tortuosa ou que, vergando sob o peso de uma responsabilidade que não está a sua altura sua autoridade se mostre inferior ao que requer a dignidade de seu cargo [o que fazer]? Não é de modo algum fácil encontrar um magistrado dos magistrados, que a todos supere em virtude, mas de qualquer modo é preciso tentar descobrir alguns reparadores de uma qualidade divina. (1999, p. 478)

Essa característica aristocrática presente na democracia grega, que proporciona o poder participativo apenas a uma pequena parcela de homens, representa um indício da existência do foro por prerrogativa de função já a essa época, uma vez que os ocupantes de cargos públicos eram amparados por regramento distinto ao dos homens comuns em virtude da função que exerciam.

### *2.2.2 O foro por prerrogativa de função no Egito Antigo*

Outra civilização que possuía o foro por prerrogativa de função instaurado em seu ordenamento jurídico é o Egito Antigo. Historiadores acreditam que a origem do foro por prerrogativa remonta a essa época, isso porque existia um tribunal específico para o julgamento de autoridades como senadores, profetas e chefes militares. Este tribunal era chamado de *sinédrio*, ou tribunal dos setenta, uma vez que era formado por setenta juízes com competência originária para realizar esses julgamentos. Segundo GÊNOVA:

A primeira notícia que se tem de um foro por prerrogativa da função remonta ao Egito antigo, no denominado sínédrio, ou tribunal dos setenta, assembleia esta composta por setenta juízes que possuíam a competência originária para o julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades e tribos rebeldes. (2009, p. 14).

À vista disso, nota-se claramente a previsão da prerrogativa de foro no ordenamento jurídico do Egito Antigo, que determinava a modificação de competência para o julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades e tribos rebeldes.

### **3. A Incidência do Foro Privilegiado em algumas Constituições Brasileiras**

Apesar de já ser prevista em diversos lugares do mundo há tempos, a prerrogativa de foro foi disciplinada pela primeira vez no Brasil com o advento da Constituição Imperial de 1824, promulgada por Dom Pedro I. O referido texto legal determinava, em seu artigo 47, atribuição exclusiva do Senado para apreciar os crimes cometidos pelos seus próprios membros, membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Deputados. Atribuía ainda privilégio à pessoa do Imperador, que era inviolável e sagrada, não estando sujeita a nenhum tipo de responsabilidade. (BRASIL, 1824)

Em 1891, após a proclamação da República, a nova constituição foi promulgada. Em seu artigo 53 concedia prerrogativa de foro ao presidente da república nas hipóteses tanto de crimes comuns, quanto de responsabilidade (GÊNOVA, 2009), *in verbis*: “Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado”. (BRASIL, 1891)

Durante o período da Segunda República foi publicada a Constituição de 1934, que trouxe inovações pertinentes ao campo da prerrogativa de foro. Uma dessas inovações consiste na alteração da competência para se julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e pelos Ministros da Corte Suprema, que passaram a ser apreciados por um tribunal criado especificamente para esse fim, composto por ministros, senadores e deputados. (AGUIAR E OLIVEIRA, 2017 p. 116).

O referido texto legal determina ainda, em seu art. 76, ser a competência originária da Corte Suprema para processar e julgar os crimes comuns cometidos pelos seus Ministros e pelo Presidente da República, e os crimes comuns e de responsabilidade cometidos pelos Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação, Ministros dos Tribunais de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos. (BRASIL, 1934).



Posteriormente, a Constituição de 1937 modificou a competência para o julgamento do Presidente da República mais uma vez, determinando em seu art. 86 que nos casos envolvendo essa autoridade, o processo e julgamento seriam perante o Conselho Federal (BRASIL, 1937). No entanto, este diploma legal disciplinou sobre a impossibilidade de responsabilização do Presidente da República nos atos praticados por ele, mas que não tenham conexão com o exercício do cargo.

Essa Carta Magna disciplinava ainda sobre a competência do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade cometidos pelos Ministros de Estado e dos Tribunais de Contas, Procurador-Geral da República, Magistrados e Diplomáticos e Embaixadores. Era também de competência do STF processar e julgar, nos crimes comuns, seus próprios ministros. (AGUIAR E OLIVEIRA, 2017 p. 117)

### **3.1. A Prerrogativa de Foro na Constituição Federal de 1988**

As normas de aplicação do foro por prerrogativa de função estão dispostas na Constituição Federal, que, como já mencionado, não traz uma definição do que vem a ser a prerrogativa de foro, apenas apresenta o rol dos cargos e funções públicas que fazem *jus* a ela. O texto constitucional preconiza em seu artigo 29 inciso X que o julgamento de Prefeitos deve ser realizado pelo Tribunal de Justiça nos casos que tiver praticado infração penal, até mesmo quando o crime for doloso e contra a vida. A única ressalva aqui é a de que o ilícito deve ser comum à justiça estadual, ou seja, quando se tratar de crime militar ou eleitoral, por exemplo, a competência será do tribunal da respectiva justiça especializada.

Em seguida, a Carta Magna apresenta em seu art. 53, § 1º que os casos envolvendo Deputados e Senadores devem ser remetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a partir da expedição do diploma, tema restringido pela Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937, que será explanada posteriormente.

Nos casos de crimes comuns praticados pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e Procurador-Geral da República, o Art. 102, I, b determinou que a competência originária é do Supremo Tribunal Federal. Ademais, aduz o Art. 52, inciso I que cabe ao Senado Federal processar e julgar os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente e Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Nas hipóteses que envolverem Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, incumbe ao STF a competência originária para processar e julgar tanto os crimes comuns, quanto os de



responsabilidade, ressalvados os casos de conexão com crimes envolvendo Presidente e Vice Presidente da República, que como já foi mencionado serão de competência do Senado Federal. Importante mencionar que a Medida Provisória 2.049-22, de 28 de agosto de 2000, em seu art. 24-B, equiparou o cargo de Advogado-Geral da União à Ministro de Estado, dessa forma, aquele passou a também a ser amparado pela prerrogativa especial.

A Carta Constitucional determina ainda em seu art. 52, inciso II que quando se tratar de crime de responsabilidade praticado por Ministros do STF, membros do Congresso Nacional e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União, a competência privativa incumbe ao Senado Federal.

Finalmente, em seu art. 105 inciso I a CF/88 determina que compete aos Tribunais de Justiça processar e julgar os crimes comuns praticados por Governadores; nestes e nos de responsabilidade cometidos pelos Desembargadores dos próprios tribunais, membros dos Tribunais de Contas, Tribunais Regionais Federais, Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e ainda aqueles praticados por membros do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais.

Além dos casos acima mencionados cabe ressaltar ainda que existem mais algumas hipóteses de incidência da prerrogativa de foro dispostas no texto da Lei Maior. É o caso da competência dos Tribunais de Justiça para julgar os crimes comuns e de responsabilidade praticados por juízes estaduais, do Distrito Federal e de Territórios, disposta pelo art. 96, inciso III. É também a disposição da competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar originariamente os crimes comuns e de responsabilidade cuja autoria incide em Juízes Federais, Militares e da Justiça do Trabalho, além dos membros do Ministério Público da União.

A partir desta análise é possível verificar a alargada abrangência da prerrogativa de foro no ordenamento jurídico brasileiro, que é constitucionalmente aplicada a uma enorme quantidade de cargos e funções, tanto para prática de infrações penais comuns, quanto para os crimes de responsabilidade.

#### **4. PARTICULARIDADES E POLÊMICAS ACERCA DO INSTITUTO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

##### **4.1 A exagerada abrangência do foro por prerrogativa de função no Brasil em comparação com países desenvolvidos**

Como já foi explanado no decorrer do presente texto, o foro por prerrogativa de função possui aplicabilidade no Brasil desde a época do Império, estando presente em todas as constituições que já regeram o país. Com o decorrer do tempo, o legislador

constituinte alterou o instituto de diversas formas e atribuiu a prerrogativa de foro a um número cada vez maior de cargos e funções.

Fazendo uma análise comparativa entre a Constituição de 1824, que instituiu o foro por prerrogativa de função no Brasil, com a Carta Magna de 1988, atualmente vigente, observa-se com clareza a abrangência da aplicação do instituto com o passar dos anos, levando em consideração que, a princípio, só detinham a prerrogativa de foro os membros do Senado Federal, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Deputados, e o próprio Imperador. Já nos dias atuais, do presidente ao prefeito, uma imensa gama de cargos possui a previsão da prerrogativa, como foi apresentado no tópico 1.5 deste artigo.

São as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso na Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937:

[...] A primeira constatação a que se chega sem grande dificuldade é que o sistema abrange gente demais. Embora essa seja uma mudança que dependa de emenda constitucional, não me parece relevante deixar de acentuar que, segundo levantamentos, o foro por prerrogativa atinge 37 mil autoridades no país. Só no Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, em tese, mais de 800 agentes, que incluem o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 deputados federais, 81 senadores, os atuais 31 ministros de Estado e, ainda, os 3 comandantes militares, os 90 ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, há mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça. (2018, p. 6).

Acontece que essa realidade, qual seja a imensa quantidade de cargos e funções amparados pela prerrogativa de foro, enseja muitas críticas ao instituto, principalmente levando em consideração o direito comparado. Isso porque, em comparação com o Brasil, os países considerados “desenvolvidos” possuem quantidade consideravelmente menor de cargos e funções com prerrogativa de foro. A seguir alguns exemplos.

Nos Estados Unidos, a Constituição Americana prevê a modificação da competência originária apenas nos casos que envolverem os cargos de embaixador, ministro ou cônsules, que são processados e julgados pela Suprema Corte (Artigo III, Seção 2 da Constituição Americana).

Já na Dinamarca, a Constituição de 1953 atribui a competência para julgar o *impeachment* dos Ministros de Estado à Alta Corte do Reino. Na Noruega, por sua vez, é de competência originária da Corte de *Impeachment* o julgamento das ações ajuizadas

pelo Parlamento contra seus próprios membros, membros do Conselho de Estado e da Corte Suprema, que tenham cometido condutas criminosas no exercício de suas obrigações legais. (TAVARES FILHO, p. 11). Na Inglaterra, por outro lado, ninguém, nem mesmo o primeiro-ministro britânico, possui foro por prerrogativa de função. (GOMES e LOUREIRO).

#### **4.2 O caráter disfuncional do foro por prerrogativa de função e as críticas atinentes a ele**

Apesar de se tratar de direito constitucionalmente garantido no ordenamento jurídico brasileiro, o foro por prerrogativa de função é bastante criticado, tanto por juristas quanto pela população em geral. Para o Ministro Luís Roberto Barroso a prerrogativa de foro nada mais é que um objeto que estimula a fraude à jurisdição, uma vez que o indiciado pode modificar seu cargo, renunciando ou se candidatando, e conseqüentemente, alterar a competência de seu julgamento da maneira que melhor o beneficiar. Já o Ministro Celso de Mello acredita que toda hipótese de prerrogativa, exceto aquela direcionada ao Presidente da República, deve ser suprimida. (TAVARES FILHO, p. 18).

A aplicação desregrada do instituto também é motivo de críticas. Isso porque a Constituição Federal não apresentou os limites temporais de aplicação da prerrogativa de foro, o que possibilitou a diversos indiciados meios de burlar a jurisdição, alterando seus mandatos. São as palavras de Ministro Luís Roberto Barroso na Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937:

O problema, além da quantidade de pessoas que é beneficiada pelo foro, é a extensão que se tem dado a esse foro privilegiado e a esse ponto que vamos enfrentar aqui, que é discutir se há algum fundamento para que se dê foro por prerrogativa de função para fatos que tenham sido praticados antes que o indivíduo tivesse sido sequer investido no cargo que é beneficiado pelo foro de prerrogativa de função ou pela prática de atos que não guardem qualquer conexão com o exercício do mandato que se deseja proteger. O fato é que não é difícil de demonstrar que, com essa quantidade de pessoas e com essa extensão, o foro se tornou penosamente disfuncional na experiência brasileira. (2018, p.07)

Outra questão bastante criticada quanto ao foro por prerrogativa de função diz respeito à sua aplicação aos membros do Congresso Nacional, disciplinada pelo Art. 53, parágrafo 1º da Constituição Federal. Nos dizeres de Ana Paula Barbosa de Sá:

Nesta esteira ocorre, em paralelo, uma crise do que se popularmente se denomina como 'privilégios' parlamentares, entendidos como as

garantias conferidas aos membros do Poder Legislativo como forma de proteger a relevante função pública que desempenham.

Isso por que, no momento em que deixa de existir uma plena identificação entre representante e representado, a instituição parlamentar, aos olhos dos membros da sociedade, perde sua importância e, por conseguinte, a classe política passa a ser vista como pouco digna ou, pior, por utilizar a função como forma de obter ganhos pessoais em detrimento da coletividade. (2009, p. 61)

Outrossim, a partir da análise do excerto acima, nota-se que a prerrogativa de foro nesses casos pode acarretar um problema na relação entre parlamentar e população, isso porque apesar de possuir previsão legal, à primeira vista, soa como um privilégio conferido às funções políticas, e é visto com maus olhos pela população no geral.

## **5. A NECESSIDADE DE MUDANÇAS NO INSTITUTO EM VIRTUDE DA ALTA DEMANDA DE PROCESSOS NA SUPREMA CORTE**

Outro ponto de bastante relevância que indica a disfuncionalidade do foro por prerrogativa de função em vigência no Brasil consiste na imensa quantidade de processos que se tornam de competência originária do Supremo Tribunal Federal em virtude da grande quantidade de cargos e funções que possuem a prerrogativa de foro. Essa modificação de competência, que atribui ao STF o papel de jurisdição penal de primeiro grau, o que em regras gerais é função dos juízes singulares, o afasta de sua função primordial, qual seja a de Guardião da Constituição (BARROSO, p. 8)

Outra crítica do ministro Luís Roberto Barroso é direcionada ao fato de que essa grande quantidade de processos em matéria penal que é de competência originária do Supremo acarreta um sobrecarregamento do sistema, e conseqüentemente, no desempenho insatisfatório da prática jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, por não ser vocacionado para esse papel, não o desempenha de maneira desejavelmente satisfatória. Por quê? Exatamente pelo volume de processos e pelo tipo de formação que as pessoas aqui investidas têm. Esse não é um papel típico que os Ministros consigam desempenhar da maneira mais desejável, além do que o procedimento perante o Supremo Tribunal Federal é muito mais complexo do que perante o primeiro grau. De modo que, sem surpresas, nós constatamos que a existência do foro privilegiado, perante o Supremo, produz números muito ruins. (Questão de Ordem na AP 937. 2018, p. 8)

São ainda palavras do relator: “O foro de prerrogativa de função, na sua extensão, contribuiu para o congestionamento dos Tribunais, tornando ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações.” (BARROSO. 2018, p.30). Destarte, é possível concluir que a excessiva abrangência que tem a prerrogativa de foro no Brasil, além de contribuir para o sobrecarregamento do sistema jurídico do STF pode ser ainda via de impunidade aos indiciados em virtude da morosidade em que se dão os seguimentos processuais.

O V Relatório Supremo em Números de 2017, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, demonstrou exatamente esse sobrecarregamento do sistema jurídico do STF ao concluir que, ao atuar como corte originária, muitas vezes não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pelo Procurador Geral de Justiça (2017, p. 81). Nota-se aqui o caráter disfuncional que acarreta a impunidade nos casos que fazem *jus* à prerrogativa de foro.

### **5.1 Ausência do duplo grau de jurisdição para indiciados com prerrogativa de foro**

Outra disfuncionalidade que permeia o instituto do foro especial no Brasil consiste na impossibilidade de se aplicar o princípio do duplo grau de jurisdição aos indiciados que fazem *jus* à prerrogativa. Trata-se de garantia individual, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior. (NUCCI, 2013, p. 868).

Apesar de não estar expressamente previsto na Carta Magna, esse princípio consiste em um direito fundamental das partes processuais. No entanto, a aplicação da prerrogativa de foro pode impossibilitar a interposição de recurso a uma decisão desfavorável, isso porque, os indiciados que possuem tal prerrogativa apenas podem interpor recurso especial e extraordinário, que somente possibilitam o reexame de matérias de direito. São os dizeres de Marcelo Lessa Bastos:

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não existe apenas para permitir que a apreciação da controvérsia seja feita mais de uma vez, mas também para garantir que a primeira decisão seja proveniente do primeiro grau, pois salvo em hipótese de competência originária das instâncias superiores, o exame inicial de demanda realizado por estas fará com que o primeiro grau seja suprimido, caracterizando, igualmente, no ângulo inverso, uma violação ao princípio do duplo grau. (2020, p. 21)

Posto isso, nota-se que atribuir aos Tribunais superiores a competência originária para julgar determinados casos torna impossível que a decisão seja reavaliada, em virtude

de já ter sido apreciada pelo órgão máximo do judiciário, demonstrando clara afronta a princípio infraconstitucional consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

## **6. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **6.1 O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte acerca do foro por prerrogativa de função**

A primeira mudança promovida no instituto da prerrogativa de foro pelo entendimento jurisprudencial ocorreu com o julgamento da ADI nº 2.797/DF, que declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002, a qual estendia a aplicação da prerrogativa de foro a indiciados que não mais estavam no exercício da função pública.

#### *6.1.1 A prerrogativa de foro nos casos de conexão ou continência*

Outra questão de bastante debate na Suprema Corte brasileira consiste nas hipóteses em que um crime é praticado por indiciado com prerrogativa de foro em conexão ou continência com outro crime praticado por quem não possua qualquer tipo de prerrogativa. Trata-se de hipóteses em que é possível a reunião de dois ou mais processos em um mesmo julgamento. Nesses casos o STF definiu, por meio do Informativo 888, no ano de 2014, como regra geral, o desmembramento dos processos que envolverem agentes com prerrogativa de foro e aqueles que não a possuem.

Ademais, é possível que todos os indiciados sejam julgados perante o Tribunal Superior, isso porque, nesses casos, a Súmula nº 704 do STF entendeu ser possível o julgamento conjunto, uma vez que o corréu, que a princípio não fazia *jus* à prerrogativa de foro, permaneceria amparado pelas garantias do juiz natural, ampla defesa e devido processo legal, e assim determinou, *in verbis*: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.” Foi o que ocorreu na Ação Penal 470, conhecida popularmente como “Mensalão”, onde o STF decidiu pelo julgamento conjunto de todos os réus (com e sem prerrogativa de foro).

Aqui o STF entendeu que a CF/88 não deveria ser interpretada restritivamente, sob alegação de que essa inclusão na jurisdição penal originária do próprio Supremo de pessoas não mencionadas na Carta Magna se daria com o intuito de evitar julgamentos contraditórios por juízos diversos e porque, por vezes, se trata de casos de conexão probatória (CAMPOS, p. 39).

#### *6.1.2 A mitigação da importância às imunidades parlamentares no julgamento envolvendo o então deputado Jair Messias Bolsonaro*



Outro ponto destacado pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira diz respeito à importância das imunidades parlamentares para garantir a independência do Poder Legislativo, em razão “de conferirem aos parlamentares proteção no exercício de suas funções, contra abusos, ingerência e pressões dos demais poderes” (TEIXEIRA e ROSA, p. 8).

No entanto, apesar de conferir tamanha importância às imunidades parlamentares, o STF decidiu, por meio do Inquérito 3.932/16, restringir a aplicação do foro ao então deputado Jair Messias Bolsonaro, investigado pelo delito de injúria. A 1ª Turma, por maioria dos votos, entendeu não ser cabível a prerrogativa ao caso em questão, uma vez que o deputado não estava no exercício de sua função no momento dos fatos. Foi assim decidido:

EMENTA: PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. **AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA. (sem grifos no original).

Ademais, reitera-se que o supracitado entendimento do STF, qual seja a limitação da prerrogativa de foro a crimes praticados durante o exercício da função e em razão desta, veio a ser pacificado posteriormente por meio da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937, que será mencionada com mais detalhes posteriormente.

## 6.2 A aplicação da prerrogativa de foro nos casos de improbidade administrativa

Outra questão bastante polêmica nos tribunais superiores diz respeito à aplicação da prerrogativa de foro nos casos de improbidade administrativa. Isso porque, o julgamento desses crimes, de acordo com o entendimento doutrinário, se dá por meio de ações de natureza civil, e não há previsão de foro especial para os casos alheios à esfera penal. “Analisando o artigo 37, § 4º da Constituição Federal não há como deixar de compreender que a ação de improbidade administrativa tem natureza estritamente civil, pois não descarta a possibilidade da propositura de uma ação penal, utilizando a expressão sem prejuízo da ação penal cabível”. (SARTI e SIMON, p. 164).

No entanto, acerca deste tema, o STF entendeu que possui competência para o julgamento quando o ato de improbidade for cometido por um de seus membros,

precedente criado pela Questão de Ordem suscitada na PET 3211/DF, de autoria do Ministro Marco Aurélio. Segue Ementa do referido julgamento:

EMENTA Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns.

**1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.**

2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (PET3211/DF, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008). (Sem grifos no original)

Ademais, importa ressaltar que devido ao caráter polêmico do tema, o entendimento da Suprema Corte pode vir a sofrer mutações futuramente.

### **6.3 A Questão de Ordem na Ação Penal 937: sentido e alcance da prerrogativa de foro**

Em 2015, tramitava perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Penal 937, que possuía como objeto a acusação do então prefeito do Rio de Janeiro, Marcos Mendes, pelo crime de captação ilícita de sufrágio. Acontece que a marcha processual do referido caso se deu de forma um tanto quanto turbulenta.

Isso porque, desde o recebimento da denúncia, a competência para julgar a mencionada Ação Penal sofreu inúmeras alterações, todas se deram em virtude das modificações no cargo ocupado pelo denunciado. Acontece que à época do início do processo, o indiciado estava exercendo o cargo de prefeito, portanto, a competência era do Tribunal Regional Eleitoral; porém, posteriormente, ao finalizar o mandato, os autos da ação foram remetidos ao Juízo 256ª da Zona Eleitoral do Rio de Janeiro. É então que em 2015 o acusado assumiu como Deputado Federal, transferindo novamente a competência, desta vez para o STF.

Após recebido o processo na Suprema Corte, o Ministro Luís Roberto Barroso (relator da Questão de Ordem) entendeu que o “zig-zag” que ocorreu nesse caso teve como motivo a excessiva abrangência do foro por prerrogativa de função, isso porque até então não era definida uma delimitação a respeito da aplicação do foro.

Tomando como base apenas o dispositivo constitucional, a prerrogativa de foro abrange todos os crimes praticados pelas autoridades públicas que fazem *jus* a ela, ainda que praticados antes da investidura do cargo e que não tenham relação com ele.

Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. (BARROSO, 2018 p. 1)

Assim, o Ministro propôs duas questões: a primeira sobre o sentido e alcance da prerrogativa de foro, buscando limitar sua aplicação aos crimes cometidos apenas durante o exercício do cargo e que possuam conexão com ele; e a segunda quanto ao momento de fixação definitiva da competência do STF, a fim de se delimitar um marco processual sobre o qual a competência não mais pode ser alterada.

Dessa forma, os Ministros da Suprema Corte decidiram em sua maioria por concordar com a Questão de Ordem nos termos do relator, ficando determinado que o acusado apenas faz *jus* à prerrogativa especial nos casos em que praticar crimes que possuam conexão com o cargo que exercem e desde que os crimes sejam praticados durante esse exercício. Ficou deliberado ainda que a competência não mais pode ser alterada, independente de modificação no cargo do indiciado, a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação das alegações finais. (Decisão AP 937 QO/RJ).

Sob esse prisma, são as palavras de Danielle Christianne Lima Rocha e Sebastião Ricardo Braga Braz no artigo intitulado “O aspecto restritivo da Ação Penal 937 como garantia ao princípio constitucional da isonomia para senadores e deputados federais”.

Diante do contexto, embora praticada sob o manto legítimo de garantia constitucional, percebe-se que a prerrogativa de foro dissociava-se da concepção original do instituto, de forma totalmente incompatível com o conceito de função pública. Nesse sentido, a decisão analisada buscou conferir sentido completo, em consonância com os princípios constitucionais republicano e da isonomia, de modo que pôde afastar a literalidade do texto, dando-lhe interpretação restritiva para preservar o sentido original da prerrogativa constitucional. (2019, p. 284)

Destarte, mostra-se evidente a importância da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 937 para a delimitação dos parâmetros de aplicação do instituto do foro por prerrogativa de função no Brasil, uma vez que foi capaz de reduzir, se não sanar, uma das

maiores disfuncionalidades atinentes à prerrogativa especial, qual seja sua utilização como tentativa para burlar a competência de julgamento.

## 7. CONCLUSÃO

O presente trabalho possui o objetivo de tentar elucidar alguns pontos atinentes à prerrogativa de foro vigente no país, a título de facilitar a compreensão deste polêmico e importante instituto. Após analisados os pontos elencados neste texto, é possível observar a tamanha importância que tem a prerrogativa de foro no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que esta possui como objetivo primordial garantir um julgamento parcial nos casos que envolverem algumas autoridades públicas, além de vislumbrar a proteção ao exercício de funções de alta relevância.

Entretanto, com a explanação de algumas particularidades do instituto tornou-se possível observar seu caráter disfuncional. *A priori*, foi elencado o fato de que no Brasil, a prerrogativa de foro abrange cargos e situações em excesso, ao comparar com a aplicação do instituto por países desenvolvidos. Outro ponto mencionado foi a alta demanda de processos na Suprema Corte em virtude da supramencionada excessiva abrangência, o que acarreta o sobrecarregamento do sistema.

Em seguida e por fim, abordou-se o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte sobre o foro por prerrogativa de função, entendimento esse responsável por balizar as disposições constitucionais do instituto, o que permite a conclusão de que o foro por prerrogativa de função no Brasil é tema controverso, diante disso inúmeras foram as vezes em que os tribunais superiores tiveram que lançar decisões capazes de aperfeiçoar o instituto e interpretar as disposições constitucionais.

Por isso tornou-se tão importante a análise da Questão de Ordem suscitada na AP 937, que, como pôde ser observado, foi responsável por atribuir interpretação extensiva à norma constitucional e limitar a aplicação das prerrogativas especiais, delimitando um momento processual onde a competência não mais pode ser alterada e determinando a aplicação da prerrogativa apenas a infrações cometidas durante o exercício do cargo ou função e relacionadas a eles. É possível concluir então que o referido julgado foi capaz de aperfeiçoar o instituto da prerrogativa de foro, restringindo sua aplicação.

Todavia, importante mencionar que o foro por prerrogativa de função no Brasil está longe de ser perfeito, isso pois ainda que a Questão de Ordem acima mencionada conseguiu delimitar a aplicação desenfreada do instituto, ainda há de se lembrar que, utilizando-se do direito comparado, o sistema jurídico brasileiro atribui a prerrogativa especial a um demasiado número de cargos e funções políticas, o que pode ser visto como uma forma de privilégio à essa classe.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115)>. Acesso em: 09 fev. de 2022.

BARROCAS, Marcos Daniel Colares. FORO PRIVILEGIADO OU POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: Uma perspectiva do instituto sob os comandos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2018. Tese (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2018. Disponível em: [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21975/1/2018\\_MarcosDanielColaresBarrocas\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21975/1/2018_MarcosDanielColaresBarrocas_tcc.pdf). Acesso em: 10 fev. de 2022.

BARROSO, L. R. Questão de Ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Foro Por Prerrogativa de Função na Jurisprudência Claudicante do Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 5 n. 1, p. 14 – 52, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.uniflu.edu.br:8088/seer/ojs-3.0.2/index.php/direito/article/view/141>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 09 fev. de 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Diário Oficial, 16 jul. 1934.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial, 24 fev. 1891.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937. Diário Oficial, 10 nov. 1937.

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

BRASIL. Medida Provisória nº 2.049-22, de 18 de agosto de 2000. Altera os dispositivos da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília, DF, ano 112, 28 de agosto de 2000.



BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília, DF, ano 114º, 24 de dezembro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Penal nº 470/MG. Relator, ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado em 22.4.2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556191>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Embargo de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIS E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA OCUPANTES E EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS ATÉ 15 DE SETEMBRO DE 2005. Embargante: Procurador-Geral da República e Presidente da República. Embargado: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Relator: Min. Menezes Direito. 16 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 88.536, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 25-9-2007, DJE de 15-2-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Inquérito 3.932 Distrito Federal. PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Min. Luiz Fux. 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210> Informativo 888/2014. Acesso em: 10 de fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Pet-QO: 3211/DF. Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 13/03/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-



06- 2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-0006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>. Acesso em: 10 fev. de 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. Diário da Justiça: sessão plenária, Brasília DF, 24 set. de 2003.

CAMPOS, Eiratã Paulino. **O foro por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal: direito ou via de impunidade?** 2017. Tese (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Amazonas - UEA, Manaus, 2017. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/bitstream/riuea/942/1/O%20foro%20na%20prerrogativa%20de%20fun%C3%A7%C3%A3o%20no%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20direito%20ou%20via%20de%20impunidade.pdf>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

Constituição Americana (art. III, seção 2). Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOAJNETO.pdf>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; FERNANDES, G. F. C. A.; CHAVES, L. **V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo.** 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma.** São Paulo: Contexto, 2002. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/periodo-homerico/>. Acesso em: 09 fev. de 2022.

GÊNOVA, William Jaques. **Foro por prerrogativa da função.** 2009. 67 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem, Marília, 2009.

GIORDANI, Mário Curtis. **História da Grécia: Antiguidade Clássica I.** 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 161.

LOUREIRO, Antonio José Cacheado; GOMES, Marckjones Santana. **Foro de prerrogativa de função e o princípio da igualdade.** Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/foro-de-prerrogativa-de-funcao-e-o-principio-da-igualdade/>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PLATÃO. **As leis, ou da legislação ou Epinomis**. Bauru: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1999. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/as-leis-incluindo-epinomis.pdf>. Acesso em: 09 fev. de 2022.

ROCHA, Danielle Christianne Lima. BRAZ, Sebastião Ricardo Braga. **O aspecto restritivo da ação penal 937 como garantia ao princípio constitucional da isonomia para senadores e deputados federais**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourado, MS, v.21, n. 41, p. 243-286, 2019.

SÁ, Ana Paula Barbosa de. **O Foro por prerrogativa de função: privilégio ou garantia? o problema de sua extensão aos parlamentares**. 2009. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SARTI, Amir José Finocchiaro; SARTI, Lia; SIMON, Cauê. **Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa**. Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2013, n. 8, p. 156-173. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/download/8/57/>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro por prerrogativa de função no direito comparado**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 09 fev. de 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 11 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TEIXEIRA, Ana Paula Ignácio; ROSA, Gilmar Madalozzo da. **As consequências do abuso das imunidades parlamentares federais e do fim do foro privilegiado**. Braz. J. of Develop., Curitiba, v. 6, n. 7, p. 45014-45036, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/12945>. Acesso em: 10 fev. de 2022.

## **O REGIME DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 113, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2021**

**ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES ARAGÃO FILHO:**  
Procurador do Estado do Tocantins. Especialista em  
Direito Civil e em Direito Processual Civil.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar o regime de juros de mora e de correção monetária instituído pela Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021. A forma metodológica do trabalho foi pautada na pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de conceder explicações científicas que envolvessem a temática.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Emenda Constitucional nº 113/2021; Juros de mora e correção monetária; Condenações envolvendo a Fazenda Pública.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Legislação relativa aos juros de mora e à correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública. 3. Julgamento das ADIs 4357/DF e 4425/DF. 4. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810 da Repercussão Geral). 5. Julgamento dos Recursos Especiais 1295146/MG, 1495144/RS e 1492221/PR (Tema 905 dos Recursos Repetitivos). 6. Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021. 7. Conclusão. 8. Referências.

### **1. Introdução**

O presente artigo visa a realizar um estudo sobre o regime de juros de mora e de correção monetária instituído pela Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021.

Primeiramente, efetua-se a abordagem da evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema. Assim, são analisados o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, bem como o art. 100, § 12, da CRFB/1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Em seguida, discorre-se sobre o que ficou decidido no julgamento das ADIs 4357/DF e 4425/DF, do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810 da Repercussão Geral) e dos Recursos Especiais 1295146/MG, 1495144/RS e 1492221/PR (Tema 905 dos Recursos Repetitivos).

Por fim, examina-se o regime de juros moratórios e de correção monetária instituído pela Emenda Constitucional nº 113/2021, abordando-se os possíveis problemas de direito intertemporal.

## **2. Legislação relativa aos juros de mora e à correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública**

Os juros de mora representam “uma indenização para o inadimplemento no cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542).

A correção monetária, por sua vez, é “a atualização do valor do dinheiro por meio da utilização de determinado índice de inflação e que tem por objetivo a recuperação do poder de compra da moeda” (LOPES JR., 2020, p. 131).

A fixação da correção monetária e dos juros de mora nas condenações contra a Fazenda Pública é questão bastante controversa. Uma melhor compreensão do tema envolve a análise da evolução legislativa e jurisprudencial acerca da matéria.

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, prevê o seguinte:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Assim, o dispositivo estabelece que os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança serviriam como índices tanto da correção monetária quanto dos juros de mora.

Quase cinco meses após a publicação da Lei nº 11.960/2009, a Emenda Constitucional nº 62/2009 incluiu o § 12 ao art. 100 da Constituição Federal de 1988, dispondo que:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Assim, o constituinte reformador transpôs a mesma sistemática de juros de mora e de correção monetárias nas condenações contra a Fazenda para o caso de pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor.

Completando o quadro legislativo, cumpre destacar a edição da Medida Provisória nº 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012, que alterou a Lei nº 8.177/1991, no ponto em que prevê os juros incidentes sobre a caderneta de poupança:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

[...]

II - como remuneração adicional, por juros de:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.

Assim, a partir da edição da MP nº 567/2012, o índice de juros da poupança (e, por conseguinte, o índice dos juros de mora aplicáveis nas condenações contra a Fazenda Pública) passaram a variar de acordo com o valor da Taxa SELIC.

### **3. Julgamento das ADIs 4357/DF e 4425/DF**

No campo jurisprudencial, é necessário iniciar o exame da matéria por meio da análise do julgamento das ADIs 4357/DF e 4425/DF (Info 698), no qual o STF declarou parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional nº 62/2009.

No que é pertinente aos objetivos do presente trabalho, o STF declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CRFB/1988, reconhecendo a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu a redação atual ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997.

Além disso, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” prevista no art. 100, § 12, da CRFB/1988, firmando a compreensão de que, para os precatórios de natureza tributária, aplica-se o mesmo índice de mora utilizado pela Fazenda Pública na cobrança de seus tributos em atraso.

Em síntese, no que concerne aos juros de mora e à correção monetária aplicáveis aos precatórios, no julgamento das referidas ADIs, o STF decidiu:

- a) pela inconstitucionalidade do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança como índice de correção monetária, uma vez que ele não se mostra idôneo a recompor a perda inflacionária do poder aquisitivo da moeda; e
- b) para os precatórios de natureza tributária, pela aplicação dos mesmos juros de mora utilizados pela Fazenda Pública para cobrança dos seus tributos em atraso.

#### **4. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810 da Repercussão Geral)**

Um novo capítulo jurisprudencial foi delineado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, sob a sistemática da repercussão geral, que teve por objeto, essencialmente, definir o regime de atualização monetária e de juros moratórios incidente sobre condenações judiciais contra a Fazenda Pública.

Enfatize-se a distinção entre o objeto das ADIs referidas anteriormente e aquele do RE nº 870.947/SE: enquanto as primeiras definiram os índices aplicáveis no período a partir da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor até o efetivo pagamento; o último tratou dos índices relativos tanto à fase de conhecimento quanto à fase de execução.

No julgamento do mencionado recurso extraordinário, o STF firmou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 810):

I - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;



II - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

## **5. Julgamento dos Recursos Especiais 1295146/MG, 1495144/RS e 1492221/PR (Tema 905 dos Recursos Repetitivos)**

Segundo Cavalcante (2018):

A decisão do STF acima explicada traz os parâmetros gerais sobre as condenações envolvendo a Fazenda Pública e declara que a TR é inconstitucional. No entanto, vários temas não foram enfrentados pelo STF, razão pela qual o STJ teve que se debruçar sobre o tema.

O trabalho do STJ foi o de esmiuçar quais os índices de correção monetária e taxas de juros deveriam ser aplicados em cada um dos assuntos.

Assim, a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos REsp 1295146, REsp 1495144 e 1492221, sob o rito dos recursos repetitivos, fixou as seguintes teses atinentes aos índices aplicáveis às condenações contra a Fazenda Pública, que variam a depender da natureza da relação jurídica:

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

### 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001:

juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

### 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

### 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art.

1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

### 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de débitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização

da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

Assim, após a definição dos Temas 810/STF e 905/STJ, a matéria encontrava-se razoavelmente pacificada.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021, inaugurou-se novo panorama jurídico quanto ao tema.

## **6. Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021**

A EC nº 113/2021 estabeleceu o novo regime de pagamentos de precatórios, modificou normas relativas ao Novo Regime Fiscal, autorizou o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios e deu outras providências.

Para o escopo do presente trabalho, importa destacar os arts. 3º, 5º e 7º, todos da EC nº 113/2021.

O art. 3º da EC nº 113/2021 dispõe:

Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Assim, verifica-se a EC nº 113/2021 inovou completamente em relação aos parâmetros fixados nos Temas 810/STF e 905/STJ.

Com efeito, o constituinte reformador previu a incidência da Taxa SELIC como único índice para efeito simultâneo de atualização monetária, remuneração do capital e de compensação da mora, tanto para a fase de conhecimento quanto para a fase de execução, independentemente da natureza da relação jurídica envolvida.

Destaque-se que, ao ser aplicada a Taxa SELIC, esse índice não pode ser cumulado com nenhum outro, seja a título de correção monetária, seja a título de juros moratórios. Isso porque a Taxa SELIC abrange, em si, tanto a correção monetária como os juros moratórios, de modo que a incidência simultânea com outro índice acarretaria inadmissível *bis in idem*.

Esse é o entendimento pacífico do STJ, conforme ementa a seguir (grifos acrescidos):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO RETROATIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TERMO INICIAL DESSES CONSECUTÓRIOS LEGAIS. A PARTIR DO SEXAGÉSIMO PRIMEIRO DIA, CONTADOS DA PUBLICAÇÃO DA PORTARIA ANISTIADORA. SELIC DEVIDA ATÉ JUNHO/2009 SEM INCIDÊNCIA CUMULATIVA DE QUALQUER OUTRO FATOR. TEMA 905/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O termo inicial a ser considerado, para cada um dos consecutórios legais (correção monetária e juros de mora), incidentes sobre o valor retroativo da reparação econômica de caráter indenizatório devida ao anistiado político, é a partir do sexagésimo primeiro dia, contados da publicação da portaria anistiadora, o que encontra amparo, inclusive, na disposição contida no art. 12, § 4º, da Lei nº 10.559/2002.

2. Como a ordem concessiva nos autos é de natureza indenizatória, **em atenção ao Tema 905/STJ, até junho/2009 deve incidir a SELIC, sem a incidência cumulativa de qualquer outro fator, uma vez que tal taxa desempenha, simultaneamente, os papéis de taxa de juros e de correção monetária.**

3. Agravo interno improvido.

(AgInt na ExeMS 15.697/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2021, DJe 17/12/2021)

Além disso, importa destacar que o art. 3º da EC nº 113/2021 não pode ser aplicado retroativamente, em razão do princípio da irretroatividade das leis (CUNHA, 2022).

Assim, a Taxa SELIC incide nas condenações judiciais que envolvem a Fazenda Pública somente a partir de 9 de dezembro de 2021, data de entrada em vigor da EC nº 113/2021, conforme art. 7º da Emenda Constitucional sob enfoque.

É importante compreender que a incidência de juros de mora e de correção monetária ocorre sob um regime de trato sucessivo (PEIXOTO, 2022). Isso significa que uma condenação imposta à Fazenda Pública em data anterior a 9 de dezembro de 2021 terá índices de juros moratórios e de correção monetária em conformidade com os Temas 810/STF e 905/STF, havendo a incidência tão-somente da Taxa SELIC a partir da entrada em vigor da EC nº 113/2021 (09/12/2021).

Cunha (2022) fornece um exemplo esclarecedor da aplicação da nova regra:

Tome-se como exemplo uma dívida judicial do ente público, com data base em 1º de janeiro de 2018, sujeita mensalmente a IPCA-E. A cada mês vencido, a correção monetária incidia sobre o valor da dívida. Essa incidência do IPCA-E se aperfeiçoa mês a mês. A nova regra, ainda que de estatura constitucional, não pode retroagir para desfazer a incidência mensal da correção monetária, que ocorreu de acordo com a regra então vigente, sob pena de retroação vedada pela Constituição. Ainda nesse mesmo exemplo, a nova regra não existia durante os anos de 2018, 2019, 2020 e quase a totalidade de 2021. Logo, não pode ser aplicada nesse período, pois não pode retroagir. Somente a partir de 9 de dezembro de 2021, com a vigência da Emenda Constitucional 113, é que passa a incidir a Selic, em substituição ao IPCA-E.

Cumprе ressaltar que haverá aplicação da Taxa SELIC, ainda que a decisão transitada em julgada imponha a aplicação dos índices anteriores. Isso porque a norma definidora da correção monetária e dos juros moratórios possui natureza processual, devendo a lei superveniente ser aplicada aos processos em curso, em consonância com o princípio *tempus regit actum*. A jurisprudência do STJ adota essa linha de inteligência (grifos acrescidos):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **CONSECTÁRIOS LEGAIS. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA.** AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há violação de coisa julgada. Os juros moratórios e a correção monetária são obrigações de trato sucessivo que se renovam mensalmente, razão pela qual devem ser calculados à luz da lei vigente. Por essa razão, **o STJ firmou entendimento de que a lei superveniente que altera o regime desses juros e correção deve ser aplicada imediatamente a todos os processos.** Nesse sentido: AgInt no REsp 1925739/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 18/08/2021; AgInt no REsp 1494054/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2021, DJe 23/06/2021; AgInt no REsp 1904433/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1944981/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/02/2022, DJe 17/02/2022)

O art. 5º da EC nº 113/2021, por sua vez, determina a aplicação do novo índice a todos os requisitórios já expedidos, reforçando a compreensão aqui esposada:

Art. 5º As alterações relativas ao regime de pagamento dos precatórios aplicam-se a todos os requisitórios já expedidos, inclusive no orçamento fiscal e da seguridade social do exercício de 2022.

Ora, o novo regime de pagamento dos precatórios inclui o índice previsto no art. 3º da EC nº 113/2021, que, por expressa determinação do dispositivo supratranscrito, deve ser aplicado aos requisitórios expedidos e não pagos (do que se depreende, por conseguinte, que a coisa julgada não impede a incidência do novo índice).

No entanto, concluir pela mera irretroatividade do art. 3º da EC nº 113/2021 não é o bastante para solucionar todos os problemas de direito intertemporal que surgirão na aplicação da nova regra.

Haverá casos em que o termo inicial da correção monetária será anterior à vigência da EC nº 113/2021, enquanto o termo inicial dos juros de mora será posterior.

Nesse caso, haverá um período, sob a vigência da EC nº 113/2021, no qual deverá incidir somente a correção monetária.

Como já indicado, a Taxa SELIC engloba em si mesma tanto a correção monetária quanto os juros de mora. Assim, a incidência da Taxa SELIC em período anterior ao termo inicial de incidência de juros de mora equivaleria a reconhecer indevidamente a mora do devedor, acarretando o enriquecimento sem causa do credor (art. 884, *caput*, do Código Civil).

Uma possível solução seria fazer continuar a incidir o índice previsto nos Temas 810/STF e 905/STJ durante o período em que deve haver unicamente correção monetária até o momento no qual passa a incidir também os juros de mora, ocasião passaria a incidir a Taxa SELIC.

Problema semelhante ocorreria se o termo inicial de juros moratórios fosse anterior à vigência da EC nº 113/2021, enquanto o termo inicial da correção monetária é posterior à Emenda Constitucional. Nesse caso, solução idêntica pode ser adotada, qual seja, incidência do índice de juros de mora fixados nos Temas 810/STF e 905/STJ até o momento em que deve haver a incidência simultânea de juros de mora e correção monetária, instante no qual a Taxa SELIC passaria a incidir.



O mesmo problema se apresenta no caso em que os termos iniciais da correção monetária e dos juros ocorrem em datas diferentes, ainda que dentro do período de vigência da EC nº 113/2021.

Exemplificativamente, imagine-se que o início de fluência da correção monetária se dê em 9 de dezembro de 2021. O termo inicial dos juros moratórios, por sua vez, é a data de 9 de março de 2022. Verifica-se, portanto, que entre as duas datas deve haver tão-somente correção monetária.

Ora, fazer incidir a Taxa SELIC a partir de 9 de dezembro de 2021, nesse caso hipotético, apesar do comando expresso do art. 3º da EC nº 113/2021, representaria reconhecer a mora do devedor em período anterior ao termo inicial dos juros moratória, o que novamente gera o problema de acarretar enriquecimento sem causa do credor, que está recebendo valores a título de compensação por uma mora que não existe.

No entanto, Peixoto (2022) entende que um dos objetivos do art. 3º da EC nº 113/2021 foi simplificar as discussões relativas ao regime de correção monetária e juros moratórios envolvendo a Fazenda Pública. Assim, na opinião do autor, “não importa se em dado momento do processo incide correção monetária de forma isolada ou em conjunto com juros. Incidirá a Selic, que substitui ambos.”

Destarte, o autor não se preocupa com essa divergência de termos iniciais, postulando pela aplicação da Taxa SELIC a partir da ocorrência do termo inicial de qualquer dos índices (correção monetária ou juros de mora).

Conclui-se, portanto, que existe uma lacuna no regime instituído pela EC nº 113/2021, uma vez que não foi expressamente prevista a solução a ser adotada nos casos em que, dentro do período de vigência da EC nº 113/2021, deve haver a incidência de apenas um dos índices (seja apenas de correção monetária, seja apenas de juros de mora) durante determinado lapso de tempo.

Nessas situações, não pode haver, a princípio, a mera aplicação da Taxa SELIC no período em que deve incidir apenas um dos índices, uma vez que a Taxa SELIC desempenha simultaneamente as funções de taxa de correção monetária e de juros moratórios.

## **7. Conclusão**

O art. 3º da EC nº 113/2021 determinou a incidência da Taxa SELIC como único índice para efeito simultâneo de atualização monetária, remuneração do capital e de compensação da mora, tanto para a fase de conhecimento quanto para a fase de execução, independentemente da natureza da relação jurídica envolvida.

Assim, o constituinte reformador inovou completamente em relação aos parâmetros fixados nos Temas 810/STF e 905/STJ.

A irretroatividade da norma e a compreensão de que a incidência de juros de mora e de correção monetária ocorre sob um regime de trato sucessivo são premissas fundamentais para a aplicação da nova regra e a solução de problemas de direito intertemporal.

Isto posto, conclui-se que a Taxa SELIC incide nas condenações judiciais que envolvem a Fazenda Pública somente a partir de 9 de dezembro de 2021, data de entrada em vigor da EC nº 113/2021, incluindo os requisitórios já expedidos, a teor do art. 5º da Emenda Constitucional.

No entanto, essas premissas não são suficientes para solucionar todos os problemas de direito intertemporal que surgirão na aplicação da novo regime de juros de mora e de correção monetária.

Por meio da discussão de várias situações não tratadas pelo constituinte reformador, conclui-se pela existência de uma lacuna no regime instituído pela EC nº 113/2021, uma vez que não foi expressamente prevista a solução a ser adotada nos casos em que, dentro do período de vigência da EC nº 113/2021, deve haver a incidência de apenas um dos índices (seja apenas de correção monetária, seja apenas de juros de mora) durante determinado lapso de tempo.

Nessas situações, não pode haver, a princípio, a mera aplicação da Taxa SELIC no período em que deve incidir apenas um dos índices, uma vez que a Taxa SELIC desempenha simultaneamente as funções de taxa de correção monetária e de juros moratórios.

## 8. Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 116, de 17 de fevereiro de 2022. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 de dez. 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc113.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc113.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 de mar. 1991. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de dez. 1997. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de jun. 2009. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 14/02/2022, DJe 17/02/2022

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Execução em Mandado de Segurança, Primeira Seção, Relator Ministro Sérgio Kukina, Julgado em 24/11/2021, DJe 17/12/2021

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1492221/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1495144/RS, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1495146/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425/DF, Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, Julgado em 14/03/2013, DJe 19/12/2013

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF, Plenário, Relator Ministro Ayres Britto, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, Julgado em 14/03/2013, DJe 26/09/2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, Julgado em 20/09/2017, DJe 20/11/2017

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Índices de juros e correção monetária aplicados para condenações contra a Fazenda Pública**. Blog Dizer o Direito. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/indices-de-juros-e-correcao-monetaria.html>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A taxa SELIC e a irretroatividade da EC 113/2021. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/direito-civil-atual-taxa-selic-irretroatividade-ec-1132021>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 9 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES JR., Jaylton. **Sentença cível – construção e estruturação**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CP Iuris, 2020.

PEIXOTO, Ravi. A EC 113 e os possíveis problemas de direito intertemporal na aplicação da Selic. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/ravi-peixoto-direito-aplicacao-selic-condenacoes>>. Acesso em: 14 mar. 2022.