

# **FRONTEIRAS JURÍDICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

## PEMBROKE COLLINS

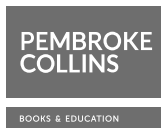
### EDITORIAL BOARD

PRESIDENT	Felipe Dutra Asensi
MEMBERS	Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, Brazil) Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Brazil) Adriano Rosa (USU, Brazil) Alberto Shinji Higa (Procuradoria Geral de Jundiaí, Brazil) Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Brazil) Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, Brazil) Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colombia) Carlos Mourão (PGM, Brazil) Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal) Coriolano de Almeida Camargo (UPM, Brazil) Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Brazil) Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Brazil) Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Brazil) Diogo de Castro Ferreira (IDT, Brazil) Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, United States) Elaine Teixeira Rabello (KIT, Netherlands) Glaucia Ribeiro (UEA, Brazil) Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Brazil) Jonathan Regis (UNIVALI, Brazil) Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Spain) Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, Brazil) Luciano Nascimento (UEPB, Brazil) Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Brazil) Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Brazil) Marcia Cavalcanti (USU, Brazil) Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Brazil) Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal) Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru) Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Brazil) Rogério Borba (UVA, Brazil) Rosângela Tremel (JusCibernética, Brazil) Roseni Pinheiro (UERJ, Brazil) Sergio de Souza Salles (UCP, Brazil) Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brazil) Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal) Vania Siciliano Aieta (UERJ, Brazil)

ORGANIZAÇÃO:

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, ELAINE RABELLO,  
HELEN KARINA LUIZ CALEGARETTI, RACHEL DE MIRANDA TAVEIRA

# FRONTEIRAS JURÍDICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS



DEERFIELD BEACH, FL – UNITED STATES  
PEMBROKE COLLINS  
2023

**Copyright © 2023** | **Arthur Bezerra de Souza Junior, Elaine Rabello, Helen Karina Luiz Calegaretti, Rachel de Miranda Taveira (orgs.)**

EDITORIAL PRESIDENCY Felipe Asensi

PUBLISHING Felipe Asensi

EDITORIAL COORDINATION Vanessa Abraim

PROOFREADING Pembroke Collins' Team

GRAPHIC PROJECT AND COVER Diniz Gomes

FORMATTING Diniz Gomes

## **PEMBROKE COLLINS**

1191 E Newport Center Dr #103 - Deerfield Beach

FL 33442 - United States

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

ALL RIGHTS RESERVED

No part of this book can be used or reproduced by any means without this Publisher's written permission.

FINANCING

This book was financed by the International Council for Higher Studies in Law (CAED-Jus), by the International Council for Higher Studies in Education (CAEduca) and by Pembroke Collins.

All books are submitted to the peer view process in double blind format by the Publisher and, in the case Collection, also by the Editors.

F935

Fronteiras jurídicas das políticas públicas / Arthur Bezerra de Souza Junior, Elaine Rabello, Helen Karina Luiz Calegaretti, Rachel de Miranda Taveira (org.). – Deerfield Beach, FL: Pembroke Collins, 2023.

616 p.

ISBN 979-8-88670-047-3

1. Políticas públicas. 2. Políticas e direitos civis. 3. Direitos políticos. I. Souza Junior, Arthur Bezerra de (org.). II. Rabello, Elaine (org.). III. Calegaretti, Helen Karina Luiz (org.). IV. Taveira, Rachel de Miranda (org.).

CDD 323

# SUMÁRIO

## **ARTIGO - CORTES CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS.....15**

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL: NOVAS  
RELAÇÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E AS  
POLÍTICAS PÚBLICAS DE TUTELA AMBIENTAL.....17

*Tamira Floôr*

## **ARTIGOS - DIREITO CIVIL.....37**

CONFLITOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO  
AMBIENTAL NA ATIVIDADE EMPRESÁRIA.....39

*Vinicius Rosa Bezerra*

A HERANÇA DIGITAL FRENTE À TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES  
PESSOAIS NAS REDES SOCIAIS.....57

*Apolonio da Silva Ricarte*

*Nájila Bezerra Medeiros*

A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO  
E A INDÚSTRIA DO DANO MORAL: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS.....75

*Leidiane da Silva Oliveira*

*Elpídio Paiva Luz Segundo*

ASPECTOS JURÍDICOS DA AÇÃO DE USUCAPIÃO NO CONTEXTO DA  
ENGENHARIA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, COM A AVALIAÇÃO PRÉVIA  
(*DUE DILIGENCE*) DE UM DETERMINADO NEGÓCIO JURÍDICO  
IMOBILIÁRIO.....94

*Danielle Pereira Paiva*

O PROCEDIMENTO DA DÚVIDA NO REGISTRO DE IMÓVEIS DIANTE DA DOCTRINA E PRÁTICA DO LOTEAMENTO URBANO E DA AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO NO ASSENTO IMOBILIÁRIO.....151

*Danielle Pereira Paiva*

A NECESSIDADE DE LEI PARA DEFINIR A DATA E A HORA DA MORTE ENCEFÁLICA.....171

*Eduardo Lopes Machado*

O REGISTRO DA PESSOA NATURAL GERADA NO ÚTERO EM SUBSTITUIÇÃO E O PROVIMENTO 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....189

*Gustavo Melo Franco Vieira*

A ALTERABILIDADE DO NOME COM AS MUDANÇAS FEITAS NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS: CONSIDERAÇÕES AO ART.56.....202

*Eduardo Lopes Machado*

*Gustavo Melo Franco Vieira*

**ARTIGOS - DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO.....217**

OS FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL PERANTE A REALIDADE, LEGISLAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS MIGRATÓRIAS.....219

*Amanda Helena Boconcelo*

PONDERAÇÕES SOBRE A CONEXÃO DA SOLIDARIEDADE NO SISTEMA INTERNACIONAL COM O CRESCIMENTO DO TERRORISMO PÓS-ATAQUES DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 NOS ESTADOS UNIDOS.....232

*Elisângela dos Santos Bandeira*

**ARTIGOS - DIREITO PENAL.....251**

EMANCIPAÇÃO CIVIL E IMPUTABILIDADE PENAL.....253

*Silvando Carmo de Oliveira*

A LEI CAROLINA DIECKMANN (LEI Nº 12.737/12) E A TUTELA PENAL DA INVIOABILIDADE DE SEGREDOS À LUZ DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO .....	269
<i>José Ewerton Bezerra Alves Duarte</i>	
<i>Romeu Tavares Bandeira</i>	
<i>Wenderson Silva Marques de Oliveira</i>	
<i>Maria Beatriz Sousa de Carvalho</i>	
A PRÁTICA PENAL E O ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE (LATROCÍNIO) À LUZ DAS SÚMULAS 603 E 610 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	282
<i>José Ewerton Bezerra Alves Duarte</i>	
<i>Romeu Tavares Bandeira</i>	
<i>Wenderson Silva Marques de Oliveira</i>	
<i>Maria Beatriz Sousa de Carvalho</i>	
A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA APENADOS MONITORADOS ELETRONICAMENTE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONCEITO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.....	295
<i>Raquel Alves de Oliveira Bandeira</i>	
O BENEFÍCIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN) APLICABILIDADE NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO.....	307
<i>Marcelo Patrick Carvalho</i>	
A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.....	324
<i>João Paulo Costa Faria</i>	
O INSTITUTO PROCESSUAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A, CPP): ALCANCE E DIMENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL.....	343
<i>Isaías da Silva Moreira de Santana</i>	
<i>José Edson Procópio Lage Júnior</i>	
<i>Matheus Nunes de Figueiredo</i>	
<i>Livia Rocha Sales</i>	

O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DISCURSO NORMATIVO VIGENTE E A REALIDADE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.....356

*Carlos Daniel da Silva Cunha*

*Giovani Francisco de Sá Leitão Soares Ávila Paz*

*Maria Edinara Mesquita Bueno*

*Wellton Pires Pereira*

PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR MENSALMENTE AS REMIÇÕES AO JUÍZO E OS IMPACTOS AO APENADO.....374

*Louise Christine Frota Geraldo*

*Alice Arlinda dos Santos Sobral*

**ARTIGOS - DIREITO PROCESSUAL.....391**

ANÁLISE DO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 22.114/SP E A GARANTIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES DO ACESSO À JUSTIÇA: COMBATE AO MACHISMO ESTRUTURAL.....393

*Tiago Romano*

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....412

*Alessandro Rabelo Ortins*

*Ronaldo Alves Marinho da Silva*

O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÉUTICA DO DIREITO DE LENIO LUIZ STRECK.....431

*Ana Luísa Soares Lima*

*Elpídio Paiva Luz Segundo*

PLATAFORMAS DIGITAIS DE FILTRAGEM DE INFORMAÇÕES AUTOMATIZADAS E O TRATAMENTO DE DADOS EM PROCESSOS TRABALHISTAS: A EXISTÊNCIA DE UMA FORMA DIGITAL DE LISTAS NEGRAS?.....451

*Thomaz Jefferson Carvalho*

*Okçana Yuri Rodrigues Carvalho*



CELERIDADE E GARANTIAS: OS LIMITES DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL.....	467
<i>Kerston Marques Silva Benevides</i>	
PRISÃO PREVENTIVA: SEM PRAZO DE EXECUÇÃO OU EXECUÇÃO DA PENA ANTECIPADA.....	484
<i>Jonatan da Silva Dinat</i> <i>Sabrina Ribeiro dos Santos</i>	
<b>ARTIGOS – FAMÍLIAS.....</b>	<b>501</b>
MULTIPARENTALIDADE: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SEU RECONHECIMENTO.....	503
<i>Gabriel da Silva Pereira</i>	
A MULTIPARENTALIDADE E O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	520
<i>Rogers Alexander Boff</i> <i>Valéria Koch Barbosa</i>	
<b>ARTIGOS - SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....</b>	<b>539</b>
A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO CORRELACIONADO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL POR MEIO DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS.....	541
<i>Adriano da Silva Ribeiro</i> <i>Guilherme Vilela de Paula</i> <i>Gustavo Henrique Wykrota Tostes</i> <i>Luísa Monteiro de Paula</i>	
OS DESAFIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO CAMINHO ALTERNATIVO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO SÉCULO XXI.....	555
<i>Lucas Soares Lessa</i>	
<b>RESUMOS.....</b>	<b>569</b>
SERVIÇO SOCIAL NA PROTEÇÃO SOCIAL BÁSICA: O SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS (SCFV) PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFERTADO NO CENTRO DE REFERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL RECANTO DO SABER NO MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ-PA.....	571
<i>Samilles do Socorro Guimarães do Santos</i>	

O VALOR DO DINHEIRO NO TEMPO E O DIREITO CIVIL.....	574
<i>Eduardo de Oliveira Chaves</i>	
PROPRIEDADE MÓVEL FIDUCIÁRIA E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE DO RESP N. 1.895.529/BA.....	581
<i>Loyana Christian de Lima Tomaz</i>	
<i>Vitória Colognesi Abjar</i>	
A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NA SÍRIA.....	587
<i>Natan Oliveira de Souza</i>	
A POLÍTICA CRIMINAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE SOCIAL.....	593
<i>Marina Soares da Fonsêca</i>	
O INSTITUTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS E SUA INSERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	600
<i>Melisse Rithiele da Silva Azambuja</i>	
A VULNERAÇÃO DA COISA JULGADA E DA SEGURANÇA JURÍDICA PELO ARTIGO 525, §15, DO CPC.....	605
<i>Rosalina Moitta Pinto da Costa</i>	
<i>Samanta Oliveira Araújo</i>	
ADMINISTRAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE O PAPEL DAS EMOÇÕES.....	611
<i>Maria Aparecida Barboza Prevot</i>	

## CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	(Universidade Santa Úrsula, Brasil)
Alexandre Bahia	(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Alfredo Freitas	(Ambra College, Estados Unidos)
Antonio Santoro	(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Arthur Bezerra de Souza Junior	(Universidade Nove de Julho, Brasil)
Bruno Zanotti	(PCES, Brasil)
Claudia Nunes	(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)
Daniel Giotti de Paula	(PFN, Brasil)
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
Denise Salles	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Edgar Contreras	(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Val	(Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Felipe Asensi	(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Fernando Bentes	(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)
Glaucia Ribeiro	(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)

Gunter Frankenberg	(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)
João Mendes	(Universidade de Coimbra, Portugal)
Jose Buzanello	(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Klever Filpo	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Luciana Souza	(Faculdade Milton Campos, Brasil)
Marcello Mello	(Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
Nikolas Rose	(King's College London, Reino Unido)
Oton Vasconcelos	(Universidade de Pernambuco, Brasil)
Paula Arévalo Mutiz	(Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)
Pedro Ivo Sousa	(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)
Santiago Polop	(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)
Siddharta Legale	(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Saul Tourinho Leal	(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)
Sergio Salles	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Susanna Pozzolo	(Università degli Studi di Brescia, Itália)
Thiago Pereira	(Centro Universitário Lassale, Brasil)
Tiago Gagliano	(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)
Walkyria Chagas da Silva Santos	(Universidade de Brasília, Brasil)

# APRESENTAÇÃO - SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso nos Estados Unidos (com ISBN Americano) e distribuição mundial, com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2022, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Multidisciplinar de Produção Acadêmica** no âmbito do **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2022)**, que ocorreu entre os dias 26 a 28 de outubro de 2022 e contou com 67 Grupos de Trabalho com mais de 320 artigos e resumos expandidos de 27 universidades e 13 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento.

Esta publicação americana é financiada por recursos do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica internacionais.

# **ARTIGO - CORTES CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS**





# O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL: NOVAS RELAÇÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TUTELA AMBIENTAL

*Tamira Floôr<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste na análise das possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro nas políticas públicas de tutela ambiental no Brasil, diante da ação que busca a declaração do estado de coisas inconstitucional ambiental.

O tema se mostra relevante ante ao agravamento da emergência climática. A situação afronta fatalmente a Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público brasileiro o dever de preservar e proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações, tendo em vista que dele dependem diretamente a sobrevivência das espécies, a saúde, a dignidade humana, entre outros direitos fundamentais.

---

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Pelotas.

Nesse contexto chegou ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 708/DF, na qual, por ocasião de seu recebimento, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão monocrática declarando a possibilidade da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental. Trata-se de ação ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido dos Trabalhadores e Partido Rede Sustentabilidade diante do contingenciamento do Fundo Clima por omissão da União Brasileira.

O pedido inicial da ação buscou a declaração da inconstitucionalidade do comportamento omissivo lesivo do Poder Público em não dar andamento ao funcionamento sistemático do Fundo Clima. A decisão da corte, que recebeu a petição inicial, dedicou capítulo exclusivo a fundamentar o possível Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental em decorrência da situação apresentada, ressaltando que “[...] a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional” (BRASIL, 2020, p. 02). Ainda, foram destacadas condutas omissivas do governo federal atualmente em exercício, ofensivas à estrutura das políticas públicas de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto técnica decisória encontra origem na atuação da Corte Constitucional Colombiana, a qual já proferiu decisões como esta na tutela de direitos fundamentais de distintas dimensões.

Portanto, a partir dessa realidade, aborda-se as novas formas de atuação do Supremo Tribunal Federal na aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental, como ferramenta de controle de políticas públicas de proteção ambiental, diante das condutas dos Poderes Públicos questionadas na ADPF n.º 708/DF.

Para a consecução da pesquisa, em um primeiro capítulo, busca-se conhecer as demandas decorrentes da constitucionalização do Direito Ambiental e as novas necessidades geradas pela tutela do meio ambiente. O segundo tópico, por sua vez, abordará os aportes teóricos referentes à litigância socioambiental no Supremo Tribunal Federal e, por fim, analisará as novas possibilidades de atuação da Suprema Corte Brasileira com a importação do Estado de Coisas Inconstitucional colombiano.

Utilizou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental qualitativa sobre jurisprudência e doutrina.

## 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A constitucionalização da tutela ambiental no Brasil surge como reflexo de uma nova consciência mundial no que diz respeito à relação entre ser humano e ambiente, que se incorpora à tese dos direitos fundamentais e à Constituição Brasileira de 1988. Sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais, a marcha do direito constitucional foi marcada inicialmente pela proteção de interesses individuais, impondo abstenções do Estado, para, em um segundo momento, exigir desse mesmo Estado prestações positivas, a fim de viabilizar direitos sociais. Esses movimentos traduziram-se na criação dos chamados direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão.

Já com o desenvolvimento da chamada sociedade do risco, produto da modernidade avançada e da aceleração do progresso tecnológico, “a produção de riqueza vem acompanhada sistematicamente da produção social dos riscos”. Disso decorre que, se a utilização da tecnologia para a exploração da natureza já está consolidada na modernidade, a administração das consequências dos avanços tecnológicos constitui o atual desafio da sociedade. Além disso, se o risco foi um fator presente por toda a história humana, hodiernamente assume dimensões globais e repercussões incalculáveis, diferenciando-se dos riscos da Idade Média pela “globalidade de sua ameaça (seres humanos, animais e plantas) e por suas causas modernas” (BECK, 2011, p. 26). Assim, os direitos fundamentais de terceira dimensão ou direitos de solidariedade surgem permeados de universalidade e humanismo e vêm firmando-se a partir do final do século XX, cuja proteção extrapola os interesses de um indivíduo ou de um grupo determinado. Isso porque apresentam como destinatários o próprio gênero humano e são uma consequência da reflexão de temas como o desenvolvimento, a paz e o meio ambiente (BONAVIDES, 2006, p. 569). A essa dimensão de direitos atribui-se o caractere de transcenderem a proteção individual, abrangendo a tutela

de grupos humanos, sendo, por isso, conhecidos como de titularidade transindividual, “muitas vezes indefinida e indeterminável” (SARLET, 2015, p. 49). E é justamente nessa dimensão que a proteção ao meio ambiente encontra guarida, ao lado, por exemplo, do direito à paz e à autodeterminação dos povos, tendo como marco documental a Declaração de Estocolmo de 1972.

O ordenamento jurídico brasileiro acompanhou o movimento mundial de atenção à exploração de recursos naturais, estabelecendo um complexo conjunto de normas e princípios protetores do meio ambiente, que passa a gozar de *status* de direito fundamental.

O direito ambiental brasileiro tem como marco jurídico a Lei n.º 6.938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de acordo com a qual meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Outro importante evento legislativo, anterior à Constituição de 1988, foi a consagração da tutela processual coletiva do meio ambiente, através da Lei n.º 7.347/85 – Lei da ação civil pública –, confirmando o caráter de interesse difuso do direito ambiental.

De acordo com Sarlet (2012, p. 48), as dimensões dos direitos fundamentais “materializam as diferentes frações do princípio da dignidade da pessoa humana”, de modo que os direitos ambientais correspondem à face ecológica desta, entendida como bem-estar socioambiental capaz de proporcionar uma vida digna, saudável e segura (SARLET, 2012, p. 40).

Com a promulgação da Norma Fundamental de 1988, a proteção ambiental ganhou um capítulo exclusivo, consubstanciado no artigo 225, de acordo com o qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Além de proclamar a tutela ambiental, a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou-se a enumerar diretrizes básicas para a implementação de uma política voltada ao meio ambiente, buscando a efetividade da norma. Nesse sentido, destaca Canotilho (2015, p. 93) que “o Direito Ambiental tem aversão a discutir o vazio; é uma disciplina jurídica de

resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras”.

Além disso, ao atribuir o dever de preservação ambiental tanto à coletividade quanto ao Estado, a Carta Política de 1988 estabelece uma configuração inédita da relação entre indivíduo e Estado, até então marcadamente antagônica nos modelos constitucionais liberais e sociais clássicos.

Em decorrência disso, a natureza deixa de ser um bem passível de exploração ilimitada e incondicionada, ganhando *status* de direito fundamental, gozando de aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Alexy (2008, p. 442), em sua teoria dos direitos fundamentais, aponta para o direito ao meio ambiente como completo ou complexo, já que se distingue da divisão clássica dos direitos fundamentais entre direitos de prestação (positivos) em oposição aos direitos de abstenção (negativos). De acordo com o autor, a tutela ambiental admite o direito de abstenção do Estado em atuar sobre o ambiente, direito de intervenção estatal contra ações lesivas, direito de o titular do direito fundamental ser incluído nos procedimentos de natureza ambiental e no direito de que o próprio Estado atue para garantir o gozo desse direito. Dessa forma, Alexy identifica pelo menos quatro feixes para o direito ambiental: direito de defesa, direito à proteção, direito a procedimentos e direito à prestação fática (ALEXY, 2008, p. 443).

Observa-se que o progresso das dimensões de direitos fundamentais afeta a configuração de forças do Estado Democrático de Direito, já que passam a constituir a própria finalidade do Estado. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988, que marca a redemocratização do país, inaugura um novo paradigma constitucional no Brasil, atribuindo à Carta Política o centro do sistema jurídico (antes ocupado pelo Código Civil), força normativa e imperativa e assegurando-lhe mecanismos de controle e de cumprimento forçado de suas disposições. Assim, há a expansão da norma constitucional por todo o sistema jurídico e a imposição de sua incidência à esfera pública e privada da sociedade (BARROSO, 2005, p. 21).

O Estado, por sua vez, deixa de ser mero instrumento organizador da política e passa a ser responsável por efetivar os direitos impostos pela própria Constituição, ante o caráter prestacional destes. Logo, a tutela ambiental no Brasil se sustenta sobre um vasto arcabouço legal iniciada na década de 1980, antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã, com a Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), amparada e um microssistema legislativo especializado e uma política pública ambiental de âmbito nacional.

Com a constitucionalização de direitos prestacionais, emergem os novos desafios da efetiva garantia de tais direitos, de modo que “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 60).

A preservação do ecossistema e biomas brasileiros vem enfrentando uma grave crise que conta com a omissão e atuação ativa do poder público. Reside nesse aspecto a problemática do novo paradigma constitucional apontada por Ferrajoli em sua teoria dos direitos fundamentais, pois, para o autor, as constituições rígidas estabelecem a “esfera do indecidível”, que limita e vincula o exercício dos poderes políticos e civis, exercendo funções de garantia. Em complemento, as chamadas funções de governo são aquelas que dizem respeito ao que pode ser objeto de decisão política. No entanto, a partir da formação da democracia constitucional baseada na separação dos poderes clássica montesquieuiana, as funções de garantia “desenvolveram-se, de fato, nas dependências do executivo sob o rótulo abrangente da Administração Pública” (FERRAJOLI, 2011, p. 118). Nesse aspecto, observa que a estruturação dos principais órgãos do sistema de proteção do meio ambiente brasileiro é subordinada ao Poder Executivo Federal ao passo que o que legitima o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não é o critério da maioria, “mas pela aplicação imparcial da lei e do seu papel de tutela, também contra a maioria, dos direitos fundamentais de todos”.

Na diferenciação proposta por Ferrajoli (2011, p. 693) entre democracia formal (majoritária) e democracia substancial, esta última é “aquela que reflete os interesses e necessidades vitais de todos”, legitimados no Direito, independentemente da vontade da maioria. Essa

incompatibilidade entre o que o autor chama de funções “de governo”, politicamente legitimadas (governativas, administrativas e legislativas) de atuação discricionária, e as funções “de garantia” fundadas na lei e nos direitos fundamentais é perceptível no caso da tutela à Amazônia e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme será explorado no subtítulo a seguir. A partir de tais referenciais é que se observa que esta pesquisa inevitavelmente é afetada pela teoria constitucional e demonstra as vulnerabilidades do paradigma constitucional atual na efetivação dos direitos fundamentais.

## 2. A LITIGÂNCIA SOCIOAMBIENTAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal tem sido recorrentemente o “palco” da irresignação contra a condução das políticas públicas relacionadas ao direito ambiental. Para demonstrar esse fato, a partir de uma busca no banco de dados da corte, é possível localizar inúmeras ações referentes à políticas públicas ambientais de maior destaque tramitando atualmente: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6148/DF; ADPF n.º 592/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 54/DF; ADPF n.º 623/DF; ADPF n.º 640/DF; ADPF n.º 651/DF; ADPF n.º 735/DF, ADPF n.º 743/DF; ADPF n.º 744/DF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 746/DF; ADPF n.º 755/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 59/DF; ADPF n.º 599/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.446/DF; ADPF n.º 748/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6808/DF. De acordo com esta extensa, mas não exaustiva, relação de processos, observa-se que a busca pela tutela judicial se dá através não apenas de um, mas da pluralidade de mecanismos processuais constitucionais existentes no Brasil.

Até abril deste ano, a única decisão que apontava para a possibilidade de um Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental no Brasil havia sido proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 708/DF. Nesta demanda os requerentes apontam inúmeros atos comissivos e omissivos atribuíveis à União que ofendem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225

da Constituição Federal e que têm contribuído para a crise ambiental enfrentada pelo Brasil. Em decisão cautelar, o Ministro Relator aventou a possibilidade de um Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural e enfatizou que “a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional” (BRASIL, 2020a, p. 02).

No entanto, o agravamento da crise ambiental levou o Supremo Tribunal Federal a incluir na ordem de julgamentos do plenário a chamada “pauta verde”, iniciada em 31 de março de 2022, em que constam as ADPFs n.º 735 e 760 e as ADOs n.º 54 e 59 relativas ao desmatamento da Amazônia. Ao declarar seu voto no bojo da ADPF n.º 760/DF, a Ministra Relatora dedicou um capítulo exclusivo a fundamentar a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado” (BRASIL, 2022a, p. 156).

Essa realidade é sintomática do paradigma constitucional apontado por Ferrajoli acima descrito, já que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, função de garantia que é, tem sua concretização alocada dentro do “grande contêiner que é a Administração Pública, que depende do poder executivo” (FERRAJOLI, 2020, p. 67) como se função de governo fosse. Uma das consequências é a judicialização de matérias cuja competência constitucional ordinária pertence ao Executivo e ao Legislativo, como as políticas públicas de tutela ambiental. O Estado de Coisas Inconstitucional, objeto do presente estudo, surge nesse emaranhado e se mostra como uma posição ativista da Suprema Corte na tutela dos direitos fundamentais.

### 3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como nascedouro a atividade decisória do Supremo Tribunal Federal, a partir da importação da juris-



prudência da Suprema Corte Colombiana. Igualmente, o ordenamento jurídico colombiano não prevê este instituto, o qual foi criado pela Suprema Corte daquele país.

Conforme destaca Campos (2019, p. 105-106), o contexto constitucional colombiano se assemelha ao do Brasil, com a promulgação de constituição, extensa, rígida, dotada de vasto rol de direitos fundamentais, com a facilitação de acesso ao Poder Judiciário e com a ampliação de poderes da Corte Constitucional. O avanço da judicialização da política foi decorrência deste novo arranjo institucional.

A Suprema Corte da Colômbia utilizou-se da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional na tutela de diversos direitos fundamentais, quais sejam, previdenciários; dignidade humana das pessoas encarceradas; vida e integridade dos defensores de direitos humanos; integridade física, liberdade e segurança das pessoas forçadas a migrar (deslocamentos forçados). A atuação da Corte Colombiana no desenvolvimento e aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional não foi linear, sendo alterada ao longo dos julgados, razão pela qual a doutrina divide o estudo do “estado de coisas inconstitucional” em uma fase de menor eficácia correspondente aos julgados de 1997 a 2003 e o ciclo de maior sucesso a partir de 2004.

Isso porque no primeiro momento, a Corte estava limitada ao reconhecimento da violação de direitos, enquanto na segunda fase, a própria jurisdição buscou mecanismos para implementar as decisões como, por exemplo, fixação de prazos, impacto alocativo de recursos e substituição da vontade dos poderes eleitos. Ainda, a Corte passou a direcionar as ordens contra diversas autoridades que se encontrassem em estado de inércia administrativa ou omissão legislativa para a elaboração de novas políticas públicas (SILVA, 2020, p. 286).

A Sentencia T-153 de 1998, que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional sobre as condições degradantes do sistema carcerário colombiano é utilizada como um dos principais exemplos da fase de baixa eficácia do instituto. Nesta ação, restou reconhecida a massiva violação de direitos fundamentais dos encarcerados, relacionada à superlotação e às condições de infraestrutura dos presididos. Diante disso, a Suprema Corte notificou as autoridades e ordenou diversas medidas aos ór-

gãos colombianos para a superação do quadro, incluindo a destinação de recursos orçamentários para elaboração de um plano de construção e reparação dos presídios e solucionar a carência de profissionais especializados. Ainda, delegou à Defensoria Pública e à Procuradoria Geral a supervisão do plano de reconstrução e readequação das prisões (COLÔMBIA, 1998, p. 83).

Entretanto, conforme destaca Campos (2019, p. 139), as ordens emanadas pela Corte não foram suficientes para solucionar o problema carcerário da Colômbia, fato que foi reconhecido pelo próprio tribunal em sentenças posteriores<sup>6</sup>. O autor aponta que a falta de procedimentos adequados de supervisão pela Corte da implementação das ordens dadas teria sido crucial para a ineficácia da decisão, porquanto a decisão “se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens” (CAMPOS, 2019, p. 141). O insucesso decorrente da Sentencia T-153 de 1998 é apontado pela doutrina como determinante para a evolução do instituto na Colômbia. A Sentencia T – 025, por sua vez, marca o ponto de virada do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia. A demanda versava sobre o grave e complexo problema do deslocamento forçado de milhões de colombianos dentro do território do país em razão da violência de conflitos armados. Conforme enfatiza Campos (2019, p. 151-158), a grande inovação dessa decisão foi que a Suprema Corte, além de elencar inúmeras medidas a serem adotadas pelos Poderes Públicos, atraiu para si a fiscalização da implementação das ordens. Ainda, conforme esclarece Corredor (2006, p. 343-344), houve a ampliação dos critérios de análise pela Corte Colombiana.

As ordens da Corte se estenderam às fases de formulação de políticas públicas, bem como de implementação e de fiscalização dessas políticas. Quanto ao monitoramento, ao longo de 10 anos foram realizadas mais de 20 audiências públicas para deliberação junto a autoridades e aos interessados acerca da implementação das medidas para superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Campos (2019, p. 159-160) destaca que essa metodologia de decisões sucessivas a partir de audiências públicas em sequência “foram decisivas para modelar as medidas, inclusive legislativas voltadas à superação do ECI”.

Em decorrência do exposto, a presente pesquisa utiliza o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional que se extrai da experiência colombiana, sintetizada por Campos (2019, p. 23):

(...) técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional

Cumprе enfatizar que não há autores que o entendem como uma decisão declaratória de um determinado contexto (PENÃ, 2011, p. 08), ou ainda como um complexo de ordens judiciais (GARAVITO, 2015, p. 33).

A partir desse referencial, torna-se possível traçar o panorama do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, em que, da mesma forma como na Colômbia, não há previsão desse instituto pelo ordenamento jurídico.

O STF inaugurou a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF, em 2015, sobre as violações do sistema carcerário brasileiro. A ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, o qual, utilizando como fundamentação a Sentença T-153 de 1998 da Colômbia, requereu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro e pleiteou diversas medidas para a superação da realidade de violação massiva de direitos fundamentais dos presos no Brasil.

Em sede cautelar, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello citou sete julgados da Suprema Corte da Colômbia, mas não se dedicou a investigar o conceito e as peculiaridades que formaram a jurisprudência do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, o que se repetiu nos demais votos dos ministros (FLOOR; APOLINÁRIO, 2022, p. 60).

Dessa forma, nesse primeiro momento, o Supremo aponta para uma utilização do Estado de Coisas Inconstitucional no sentido de uma decisão com carga predominantemente declaratória de um contexto.

É consabido que até os dias atuais a situação no Brasil, “apesar das determinações decorrentes da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a decisão não conseguiu adquirir utilidade prática para a resolução do problema de superlotação do sistema carcerário” (IRIBARREM; ALMEIDA, 2022, p. 85). Nesse aspecto, destacam Lopes Filho e Maia (2018, p. 261-262) ao defenderem a necessidade de um maior ônus argumentativo nesse tipo de decisão, que o Supremo transplantou o Estado de Coisas Inconstitucional sem aventar suficientemente os impactos de tal importação no constitucionalismo brasileiro. Dessa forma, não foram abordados o conceito utilizado, o ciclo adotado, a necessidade dessa inovação diante da existência, no ordenamento brasileiro de ações de controle concentrado com tais efeitos, a possibilidade de controle de atos não normativos e a própria adequação das cautelares deferidas.

O Supremo Tribunal Federal ainda reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em 25/06/2021 em relação ao cenário pandêmico da epidemia de Covid-19, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 822. A ação foi ajuizada por 18 entidades de classe tendo como objeto as omissões referentes à condução das políticas públicas de preservação do direito à saúde e à vida, durante a pandemia do Sars-Cov-2.

Além do pedido de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional durante a pandemia, a arguição requereu do Supremo a adoção de medidas diretas de política sanitária (BRASIL, 2021c, p. 03-06).

Ao decidir pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde na pandemia de Covid-19, o Ministro Relator evocou os argumentos da ADPF 347/DF: a legitimidade da intervenção judicial quando demonstrada violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana ou do mínimo existencial, sem que houvesse atuação dos poderes políticos para solucioná-la. Somado a tal argumentação, o Ministro menciona a gravidade e a complexidade da pandemia de Covid-19 e a omissão do Poder Estatal, bem

como o caráter estrutural da questão (FLOOR; APOLINÁRIO, 2022, p. 65). As ordens exaradas pelo voto não se mostram compatíveis com a decisão estrutural e o monitoramento que o Estado de Coisas Inconstitucional demanda, já que se revestiu sobremaneira do caráter meramente declaratório de uma realidade inconstitucional.

Na matéria ambiental a primeira declaração se deu na ADPF n.º 708/DF em sede de cognição sumária e no voto da Relatora Ministra Carmem Lúcia, no julgamento em plenário da ADPF n.º 760/DF, a qual foi incluída na “pauta verde”. Ambas as ações buscam cessar o quadro de crise de desmatamento, queimadas e consequente emergência climática que se acentuou no bioma da Amazônia.

Os pedidos constantes na ADPF n.º 708/DF postulam o reconhecimento da inconstitucionalidade da conduta da União na condução do Fundo Clima, bem como na adoção das medidas de proteção ambiental pertinentes à mitigação de mudanças climáticas.

Já na ADPF n.º 760/DF os postulantes requerem que seja determinada à União e órgãos federais competentes que executem o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal. Requerem, também, a redução contínua dos níveis de desmatamento ilegal até sua eliminação, o incremento da punibilidade das infrações ambientais e, ainda, seja determinado à União que efetive o plano específico de fortalecimento institucional do IBAMA, do ICM-Bio e da FUNAI e outros a serem eventualmente indicados pelo Poder Executivo federal. Postularam, ainda, a criação de uma Comissão Emergencial de Monitoramento, Transparência, Participação e Deliberação, a ser coordenada e mediada pelo próprio STF para análise das ações e sua efetividade. Este último pedido se coaduna com uma das ferramentas de monitoramento desenvolvidas pela Corte Colombiana, conforme acima descrito.

Observa-se, portanto, o caráter estrutural e complexo das medidas pleiteadas nessas ações, voltadas às condutas dos Poderes Públicos para a preservação da Amazônia e a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é pressuposto para que a Corte possa suprir eventuais falhas na projeção e execução de

políticas públicas, podendo envolver um trabalho interpretativo bastante inovador (CAMPOS, 2019, p. 231). Portanto, é imprescindível que a questão seja pautada de forma crítica porquanto juízes e Tribunais não possuem o monopólio de conceder a última palavra em matéria constitucional, como tampouco de aferir significado aos valores previstos na Constituição (FLOOR; APOLINÁRIO, 2022, p. 67).

Nesse sentido, elucida Oliveira *et al.* (2013, p. 207):

O caso é emblemático, na medida em que demonstra uma nova forma de relacionamento entre os órgãos governamentais e o judiciário, onde este assume um papel diretivo, não como poder soberano a subjugar os demais, mais como coordenador das políticas públicas a serem implementadas a partir da decisão tomada pela Corte Constitucional no julgamento T-025, justamente numa tentativa de efetivar na prática o que consagrado na teoria, no âmbito judicial.

Para tanto, Almeida e Apolinário (2020, p. 59) apontam a necessidade de que a atuação do Poder Judiciário seja realizada de forma dialógica, estimulando a participação entre agentes públicos e sociais, de modo que a Corte se situe como intermediadora desse diálogo permitindo que os demais agentes responsáveis e titulares de direitos possam deliberar sobre estes. Trata-se de uma visão que se mostra como alternativa à concepção tradicional fundada na supremacia de uma instituição sobre as outras, sobremaneira em se tratando de pautas cada vez mais complexas cuja solução escapa, inclusive, do domínio técnico da Corte.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que a constitucionalização do Direito Ambiental e a sua inclusão no rol de direitos fundamentais geraram novas demandas na tutela desses direitos, os quais não se satisfazem com os mecanismos processuais clássicos. Essa nova realidade reflete diretamente no próprio papel atribuído aos Poderes Estatais. O avanço da judicialização da política foi decorrência deste novo arranjo institucional, que tem nos direitos fundamentais um objetivo a ser alcançado pelos Estados.

Uma das consequências é a judicialização de matérias cuja competência constitucional ordinária pertence ao Executivo e ao Legislativo, como as políticas públicas de tutela ambiental. O estado de coisas inconstitucional surge nesse emaranhado e se mostra como uma posição ativista da Suprema Corte na tutela dos direitos fundamentais, que reposiciona o Poder Judiciário no processo decisório, extrapolando o controle clássico de atos normativos.

As ações aqui estudadas questionam condutas atribuídas ao Poder Público que são típicas da Administração Executiva, como a redução dos orçamentos e dotações relacionadas ao controle do desmatamento e ao fomento de formas sustentáveis de produção; a desestruturação dos órgãos ambientais federais; o esvaziamento das atribuições do Ministério do Meio Ambiente e até mesmo a nomeação para cargos importantes de pessoas sem afinidade com a área ambiental. Somado a isso, demonstrou-se que a eficácia do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional enseja no monitoramento das decisões pela Suprema Corte, a fim de conferir-lhe eficácia.

Em síntese, portanto, há a necessidade de um verdadeiro equacionamento entre, de um lado, a necessidade urgente de que se ampliem de forma eficaz os mecanismos de tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, de outro, da preservação do Estado Democrático de Direito e seus preceitos basilares. Para isso, uma das possibilidades aqui investigada é da atuação dialógica da Suprema Corte, superando a concepção tradicional fundada na supremacia de uma instituição sobre as outras.

Trata-se de uma possível resposta à problemática intrincada envolvendo o direito ao meio ambiente equilibrado, que traz à cena a atuação do Poder Judiciário em questões tipicamente inerentes à Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Ândreo; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. O diálogo como alternativa às teorias da última palavra em conflitos de di-

reitos fundamentais. **Constituição e Democracia II**. Anais do II Encontro virtual do Conpedi. Fernando Gustavo Knoerr; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Lucas Catib De laurentiis (coords.). Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 58-78.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50980>. Acesso em: 12 out. 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: D.O.U, 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: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: D.O.U, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm). Acesso em: 08 fev. 2022.



- BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: D.O.U, 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 08 fev. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal [STF]. **Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n.º 708/DF.** Brasília: DJE, 06.07.2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal [STF]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 760/DF.** Brasília: DJE, 11.04.2022a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF.** Brasília: DJE, 01.06.2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 822/DF.** Brasília: DJE, 15.04.2021C. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: Juspodivm, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones.** El Estado de cosas inconstitucional. Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria dos direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Por que uma Constituição da terra? *In*: CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI) - I Encontro Virtual, de 23 a 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nv1cxc5>. Acesso em: 30 jan. 2022.

FLOOR, Tamira; Apolinário, MARCELO NUNES. Para além da retórica: a aplicação problemática do “estado de coisas inconstitucional” no Brasil. *In*: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes (org.). **Jurisdição constitucional e direitos sociais: realidade, desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2022, p. 53-71.

GARAVITO, César Rodríguez. **Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 33.

IRIBAREEM, Aline Santestevan Oliveira; ALMEIDA, Bruno Rotta. Jurisdição constitucional e execução penal: uma análise do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência do STF. *In*: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes (org.). **Jurisdição constitucional e direitos sociais: realidade, desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2022, p. 73-89.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, p. 219-273, 2018.

OLIVEIRA, Daltro *et al.* **O novo constitucionalismo latino-americano: paradigmas e contradições**. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11775/9227>. Acesso em: 10 abr. 2022.

PENÃ, Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Bogotá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.



# **ARTIGOS - DIREITO CIVIL**



# CONFLITOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AMBIENTAL NA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

*Vinicius Rosa Bezerra*<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta princípios gerais da ordem econômica de conteúdo heterogêneo. Mesmo com consagrados princípios de feição eminentemente liberal, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência e a garantia da propriedade privada, o texto constitucional condiciona o desenvolvimento do empreendimento privado ao atendimento dos valores sociais do trabalho, da defesa do meio ambiente e ao cumprimento de sua função social.

Trata-se, então, de um mandamento constitucional de que os múltiplos atores sociais que gravitam em torno do exercício de uma atividade econômica tenham suas expectativas atendidas. Se por um lado o lucro empresarial deva ser alcançado para o sucesso e viabilidade da atividade geradora de emprego, renda e bem-estar, por outro, os anseios

---

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Unifacvest. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito. Graduado em Direito e Ciências Contábeis. Auditor Fiscal da Receita Estadual de São Paulo.

da comunidade que se relaciona com o empresário devem necessariamente ser observados, mediados pelo equilíbrio do ambiente em que a atividade é desenvolvida.

Ocorre que, por vezes, as demandas dos demais atores sociais que se relacionam com o empresário são em sentido contrário ao seu interesse de maximização do lucro empresarial, fazendo com que o Direito legitimamente intervenha em tais relações, no sentido de estabelecer normas que compatibilizem interesses aparentemente contrapostos, surgidos em decorrência de uma atividade econômica.

Dessa relação potencialmente conflitiva entre o exercício de empresa e a proteção ao bem jurídico ambiental, surge nosso particular interesse em verificar como o exercente de atividade empresária visualiza o impacto que a normatização protetiva ao meio ambiente determina ao exercício de sua atividade.

Para o alcance deste objeto de pesquisa, realiza-se uma exposição sob a perspectiva da análise econômica do direito, extraíndo do campo econômico conceitos e definições que se relacionam com o exercício de atividade econômica e com a exploração do bem jurídico ambiental.

Assim procedemos em virtude na natureza escassa do recurso ambiental, assim como em razão da natureza onerosa da atividade empresária, com o que pensamos que uma exposição conjunta da matéria econômica e jurídica conduz à adequada elucidação que possa haver entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento da atividade empresária, assim como a necessidade de observância dos princípios do direito ambiental pelo exercente da atividade econômica.

## 1 O FENÔMENO ECONÔMICO DA EMPRESA

Com a revogação substancial do Código Comercial de 1950, o direito comercial brasileiro passou a encontrar seu referencial normativo disposto no mesmo diploma regente das relações privadas em geral, o Código Civil de 2002.

Iniciando a normatização do direito comercial brasileiro, pelos comandos expressos no Livro II, sob título “Direito de Empresa”, a reda-



ção do artigo 966 do Código Civil define o sujeito exercente da atividade empresarial nos seguintes termos:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Percebe-se, portanto, que o dispositivo supracitado apresenta uma definição subjetiva de empresa, isto é, explicita os requisitos para que a pessoa física ou jurídica seja considerada exercente de empresa e, por conseguinte, configure-se como empresário. Por arrastamento, o mesmo artigo acaba por veicular o conceito de empresa, em si considerada como uma atividade econômica organizada.

A esse respeito, anota Cruz (2019, p.30) que a atual disciplina do direito comercial brasileiro incorpora a teoria da empresa de matriz italiana. Para o autor, seja pela tentativa de unificação formal do direito civil e comercial sob um único diploma normativo regente das relações de direito privado, seja pela exposição expressa do perfil subjetivo de empresa no artigo 966 do Código Civil, o direito comercial brasileiro foi influenciado de modo determinante pelo direito comercial italiano.

Com referência expressa ao Código Civil italiano de 1942, Asquini (1996, p. 113) identifica a empresa como um conceito de ordem econômica transposto para a ordem jurídica. Argumenta o autor que todo o exercício de atividade econômica, isto é, desenvolvimento de tarefas com intuito lucrativo, tem como elementos intrínsecos a utilização de fatores de produção, como o capital, a tecnologia e o trabalho humano.

Entretanto, há um modo peculiar de exercício de uma atividade econômica que lhe alça à condição de empresária, tornando-a merecedora de especial proteção jurídica por meio dos institutos de direito comercial. Para o autor, é o nível de organização dos fatores de produção

adotados pelo empresário que torna uma atividade apta a ser identificada como empresa.

Assim, para fins de identificação de uma atividade econômica como empresária, há de se identificar se a atuação pessoal do seu exercente é o elemento preponderante da atividade, oportunidade em que a atividade não será empresária, ou se a organização dos fatores de produção pelo exercente se sobrepõe à sua identificação pessoal, circunstância que atrai para o exercício da atividade o arcabouço jurídico do direito comercial.

Da transposição do fenômeno econômico para a ordem jurídica, Asquini (1996, p. 125) constatou a multiplicidade de sentidos jurídicos que podem ser conferidos à expressão “empresa”, o que passamos a apresentar sinteticamente como perfis de empresa, nos termos cunhados pelo autor.

Pelo perfil subjetivo, empresa é a própria pessoa que exerce a atividade, correspondendo, portanto, ao empresário. Por este perfil, o empresário pode ser uma pessoa física, mas também uma pessoa jurídica titular da atividade, não havendo que se confundir o empresário pessoa jurídica com os sócios que a compõem.

Pelo perfil objetivo, empresa expressa o conjunto patrimonial necessário ao exercício da atividade, o que inclui bens corpóreos e incorpóreos. Em seu perfil funcional, por sua vez, empresa significa a atividade econômica propriamente dita, isto é, os atos materiais praticados para obtenção dos bens ou serviços que o empresário disponibiliza no mercado.

Por fim, de maior interesse para este trabalho, Asquini (1996, p.126) identifica um perfil corporativo de empresa, informando que o empresário e seus colaboradores não representam uma mera pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma relação individual de trabalho, mas formam um núcleo econômico com finalidade singular.

Por esta concepção, a empresa seria uma comunidade laboral orientada pelo interesse comum do trabalhador e do empresário em obter o melhor resultado econômico na produção, como se os propósitos de interesses entre os diversos atores que se relacionam à atividade econômica fossem aproximados.

A acepção corporativa de empresa cunhada por Asquini (1996) é objeto de críticas de Cruz (2019, p. 27), para quem a afirmação de que a empresa seja uma comunidade orientada a qualquer fim comum não passa de mera utopia.

Isto pois a ideia de uma visão comunitária da empresa, com alinhamento de interesses de todos os seus participantes, desconsiderando as controvérsias inerentes ao exercício de atividade econômica, em especial os conflitos entre trabalhadores e empregadores, era construção interessante à ideologia fascista que influenciou o nascimento da teoria da empresa, mas com pouca repercussão na realidade dos fatos tanto naquele momento quanto na contemporaneidade.

Em verdade, orbitam em torno na atividade empresarial interesses de uma multiplicidade de atores sociais que, por vezes, são francamente antagônicos ao interesse lucrativo do empresário. A título de exemplo, ao Estado interessa a maior arrecadação tributária possível, enquanto os trabalhadores demandam por crescentes melhorias nas condições salariais e os consumidores anseiam por produtos e serviços mais baratos. Tais demandas, se atendidas, em nada colaboram com o intuito lucrativo regente da atividade empresarial.

Assim, à vista do impacto que a atividade empresarial ocasiona no ambiente em que se desenvolve, sendo conduzida essencialmente pelo poder diretor do empresário, surge a necessidade de proteção jurídica dos mais diversos atores sociais que de alguma forma com ele se relacionam. Explicativamente, o direito do trabalho regula as relações estabelecidas entre o empresário e seus empregados, assim como o direito do consumidor estabelece um microsistema jurídico com tutela da relação entre o consumidor e o empresário que disponibiliza bens e serviços no mercado.

De igual modo, tendo em vista que a produção de bens e serviço inerentes ao exercício de empresa utiliza o bem ambiental como insumo produtivo, afetando as condições naturais, físicas, químicas e biológicas do ambiente ecológico, o desenvolvimento da atividade empresarial determina que o direito observe seus impactos sobre o meio ambiente natural, função preponderante do direito ambiental.

É nesse contexto de interação entre o exercício de empresa e o uso do recurso ambiental que são contrapostos valores jurídicos de igual envergadura constitucional. Por um lado, o princípio da livre iniciativa, disposto como fundamento da república no inciso IV, do artigo 1º e como princípio da ordem econômica no caput do artigo 170, ambos da Constituição Federal, assegura o exercício de empresa, por outro, a defesa do meio ambiente é igualmente princípio da ordem econômica expresso no inciso VI, do artigo 170, do texto constitucional.

Assim, constata-se que não há que se falar em linha de princípio e sob aspecto puramente abstrato na prevalência da proteção do meio ambiente em face da atividade econômica, assim como não é viável a afirmação de que a geração de riquezas oriundas do exercício de empresa é justificadora da aniquilação do patrimônio ambiental.

Isso, pois, para Alexy (2008) nas situações em que há colisão entre os princípios, há de ser feito um exercício de ponderação entre eles sob a perspectiva do caso concreto, prevalecendo um sobre o outro, mas sem sacrifício integral do princípio preterido. Trata-se, portanto, de um exercício de proporcionalidade em que quanto mais um princípio deixar de ser satisfeito, maior concretude deve ser observada ao outro.

Desse modo, em uma situação conflitiva entre a proteção do patrimônio ambiental e o exercício da atividade econômica, deve ser dada prevalência à solução que assegure que o meio ambiente deve ser preservado para a subsistência digna da presente e das futuras gerações, mas que preserve o exercício de empresa produtor de emprego, renda, tributos e desenvolvimento tecnológico, buscando a máxima compatibilização entre os interesses em conflito.

## 2 O MEIO AMBIENTE E AS EXTERNALIDADES

A transposição de conceitos de ordem econômica para a órbita jurídica deve ser realizada sob uma perspectiva crítica, para que não seja o direito utilizado como ferramenta de legitimação de interesses de grupos específicos, ou ainda sob risco de construções teórico-jurídicas teratológicas. A análise econômica de fatores jurídicos há de ser realizada sob a

advertência inicial de que, por vezes, são diferentes os critérios de valoração moral e ética utilizados pelo jurista e pelo economista.

Assim, sob um aspecto estritamente econômico, o impacto que o exercício de uma atividade econômica acarreta no meio ambiente natural pode ser explicada por meio do conceito econômico de externalidades.

A esse respeito, Coelho (2016, p.51) explica que a externalidade é um efeito positivo ou negativo produzido pela atividade econômica de um indivíduo, sobre a renda, bem-estar ou atividade econômica de outro indivíduo especificamente considerado ou ainda sobre uma coletividade de indivíduos, mesmo que indeterminados.

Ressalte-se a explicação do autor que uma externalidade só pode ser assim considerada enquanto não forem compensados os prejuízos que a atividade acarreta em terceiros ou enquanto o indivíduo não for ressarcido dos benefícios que promove para terceiros. Uma vez compensada a externalidade, sob o ponto de vista econômico, está atingido o ponto ótimo da atividade.

Na situação em que a atividade econômica de um indivíduo acarreta benefícios que transcende a si próprio, beneficiando terceiros identificados ou a coletividade, a conduta do agente econômico é definida como uma externalidade positiva, devendo ser incentivada e oferecida compensação ao agente econômico que lhe promove.

Embora aqui conceituadas, as externalidades positivas são de pouca observância sob o aspecto prático. Ainda assim, Garoupa e Porto (2020, p. 70) exemplificam:

O morador de uma cidade que mantém a fachada de sua residência em bom estado de conservação está realizando uma ação em benefício próprio, qual seja, a boa preservação de sua propriedade privada e a valorização de seu bem. Adicionalmente, sua conduta está sendo benéfica aos demais moradores da região e do município, uma vez que contribui para a sensação de limpeza e boa estética do ambiente urbano, logo, para o bem-estar de sua população. À medida que há utilidade para outros indivíduos que não apenas o morador que empreendeu a ação, esse benefício pode ser considerado uma externalidade positiva.

No exemplo supracitado, a conduta do indivíduo de manter a ornamentação de sua fachada promove uma melhoria do bem-estar da coletividade, incrementando a boa estética do meio ambiente urbano. Desse modo, seria economicamente adequado que o direito, em especial pela atuação do Poder Público Municipal, dispusesse acerca da compensação e incentivo aos moradores que mantivessem suas fachadas bem cuidadas, o que poderia ocorrer pela concessão de benefícios pecuniários ou mesmo pela instituição de premiação despida de caráter financeiro.

Cabe também nossa recordação que o incremento de bem-estar coletivo pela mera observância individual de critérios genericamente a todos estabelecidos, a exemplo da manutenção da fachada por imposição de posturas públicas em regulamentação municipal, não gera externalidade passível de compensação.

Por sua vez, a externalidade é dita como negativa na situação em que o agente econômico desenvolve uma atividade que, embora traga bem-estar para si, implica impacto negativo sobre o bem-estar de outros indivíduos ou sobre a coletividade.

Uma vez que a essência do exercício de empresa é o intuito lucrativo, é corriqueiro que o comportamento do empresário no curso da organização dos fatores de produção seja orientado à maximização do seu interesse privado, mesmo que em detrimento dos interesses dos demais atores sociais que se relacionam com a empresa, sendo o empresário, portanto, um produtor de externalidades negativas por excelência.

Exemplificando as externalidades negativas, Garoupa e Porto (2020, p. 67) citam a decisão do indivíduo acerca do meio de transporte eleito para realização de seus deslocamentos. Ponderando as alternativas disponíveis com base em sua individualidade, o agente econômico pode concluir que a rapidez e o conforto do uso de um automóvel particular lhe proporcionam um bem-estar que supera os custos financeiros envolvidos na manutenção do veículo e demais envolvidos no transporte, escolhendo essa modalidade para seu deslocamento.

Entretanto, em comparação com outras modalidades de transporte disponíveis, tais como fazer utilização do transporte público ou realizar o trajeto com uma bicicleta, a decisão individual do agente econômico pelo uso do automóvel acarreta um impacto negativo para a coletividade,

a exemplo da poluição sonora e gases emitidos pelo veículo, assim como o aumento do tráfego na região.

Na externalidade negativa, com base em uma decisão individual sua, o agente econômico auferir benefício privado à custa do bem-estar da coletividade. À vista do custo social causado pela externalidade negativa, potencialmente causadora de relação conflituosa entre indivíduos, torna-se necessária a intervenção do Direito, no sentido de prevenir ou resolver litígios, fazendo com que a redução de bem-estar experimentado pela coletividade seja compensada ou minimizada pelo agente econômico que lhe dá causa.

A noção das externalidades produzidas pela atividade empresarial no ambiente natural determina conexão com os princípios regentes do direito ambiental. Conforme ensina Fiorillo (2006, p. 40), artigo 225 da Constituição Federal de 1988 é matriz do princípio da prevenção, ao estabelecer o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente, não só para a atual geração, mas também para as futuras.

É em virtude do princípio da prevenção que o patrimônio ambiental deve ser colocado a salvo de intervenções humanas notoriamente conhecidas pela sua degradação do meio ambiente, desenvolvendo no meio social a consciência coletiva por uma política ecológica adequada e pelo desenvolvimento contínuo de uma educação ambiental.

Assim, pelo princípio da prevenção, diante da comprovação científica de que uma atividade econômica representa efetivo risco de prejuízo ao meio ambiente, é papel do Direito estabelecer medidas que mitiguem o potencial danoso, observada a necessária harmonia entre o desenvolvimento econômico que o exercício de empresa proporciona e a sustentabilidade ambiental.

Pelo princípio da precaução, por sua vez, nos termos do ensinamento de Milaré (2004, p. 145), a proteção ao meio ambiente deve ser mais ampla, abarcando também a restrição de atividades humanas cujas consequências ao equilíbrio do meio ambiente sejam desconhecidas.

Assim, diante de uma situação de dúvida, em que não haja comprovação científica do potencial lesivo que uma atividade exerce no meio ambiente, deve ser dada prevalência à preservação do meio ambiente,

impondo restrições à atividade econômica, sempre observada a proporcionalidade entre a intensidade das medidas restritivas e proteção ao equilíbrio ecológico.

Pela precaução, deve ser atribuído ao interessado em desenvolver uma atividade econômica o ônus de provar que sua intervenção no meio ambiente não causará uma externalidade negativa, sendo reconhecido o potencial de perigo ao bem ambiental caso o interessado não seja hábil em se desincumbir deste ônus, possibilitando que o Direito lhe imponha restrições à liberdade de empreender.

Ademais, explica Fiorillo (2006, p. 44), o direito ambiental possui mecanismos aptos a fazer com que os custos decorrentes da prevenção de dano ao meio ambiente ou reparação do ambiente degradado, assim como os custos inerentes à manutenção de um sistema de controle de uso dos recursos naturais sejam financeiramente suportados pelo agente econômica que lhe dá causa. Trata-se do princípio do poluidor-pagador, determinando que seja incorporado ao custo do exercício de uma atividade econômica uma compensação à diminuição do bem-estar experimentado pela sociedade.

Ainda conforme o autor, o princípio do poluidor-pagador possui feição preventiva ou reparatória, esta quando a transferência de custos da poluição ao poluidor ocorre em reparação de um dano ocorrido, aquela, mais consentânea com a ampla proteção do bem jurídico ambiental, pela contribuição aos mecanismos de repressão às práticas potencialmente danosas, de que são exemplos as taxas de fiscalização ambiental.

Em uma concepção oposta ao princípio do poluidor-pagador, que visa a compensação das externalidades negativas, Fiorillo (2006, p. 46) ensina que o direito ambiental, pelo princípio do protetor-recebedor, oferece o arcabouço jurídico para que seja dispensado tratamento financeiro privilegiado ao agente econômico realizada sua atividade em conformidade com as premissas de sustentabilidade ambiental.

Assim, o empresário que desenvolve sua atividade ciente de que a proteção ao meio ambiente está envolvida no cumprimento da função social da empresa, pelo princípio do protetor-recebedor, faz jus à compensação financeira, seja tributária ou creditícia, em função da externalidade positiva que promove à sociedade.



Com isso, percebemos que os princípios ambientais da precaução e da prevenção atraem para o exercício de empresa a incidência da atividade regulatória do direito ambiental, determinando posturas que mitiguem os riscos do empreendimento sobre o meio ambiente. Já os princípios do poluidor-pagador e do protetor-receber evidenciam a atração da atividade financeira do Estado para o exercício de atividades econômicas que tenham interação benéfica ou maléfica ao meio ambiente.

### 3 O DIREITO-CUSTO AMBIENTAL

De acordo com Coelho (2016, p. 51), são dois os mecanismos de que o Direito dispõe para fazer com que uma externalidade negativa seja internalizada<sup>3</sup> pelo agente econômico que lhe dá causa: pela imposição de contrapartidas financeiras ao empresário que auferir benefício econômico em detrimento do bem-estar social ou por meio da imposição de normas que estabeleçam restrições ao exercício de atividades nocivas, mitigando a externalidade.<sup>4</sup>

Adverte o autor que seja qual for o meio eleito pelo Estado para internalização de uma externalidade negativa, deve o Poder Público atuar com cautela. Isso pois a ação estatal sobre o exercício de atividade econômica tem aptidão de causar severas restrições à liberdade de iniciativa do particular.

Assim, tanto a imposição de normas regulatórias da atividade econômica nociva ao meio ambiente como o exercício da atividade tributária orientada ao poluidor devem ser exercidas com juízo de proporcionalidade, observando-se que há atividades econômicas cujas externalidades não podem ser eliminadas pela regulação estatal, mas apenas reduzidas, assim como a imposição de taxas compensatórias deve ocorrer de modo a tão somente equalizar o custo social ao benefício privado.

Diferente disso, o abuso do poder normativo ou de tributar, ainda que sob a justificativa de proteção ao patrimônio ambiental, em vez da

---

3 Segundo o autor, internalizar significa atribuir o custo social de uma externalidade ao agente que lhe dá causa.

4 Esses mecanismos, como vimos, são a essência dos princípios do direito ambiental.

redução ou compensação de uma degradação ao meio ambiente, onerará de forma excessiva o exercício de empresa, resultando no sacrifício da liberdade sob aspecto econômico.

Em sua consideração acerca do papel que o Direito exerce em promover a internalização das externalidades negativas ao custo da atividade empresária, Coelho (2016, p. 54) argumenta que o sistema normativo é elemento constituinte do planejamento empresarial, determinando posturas a serem adotadas pelo empresário e, em especial, sendo relevante para definição do cálculo do custo dos produtos e serviços a serem ofertados no mercado.

É que nos termos que ensinam Garoupa e Porto (2020, p.56), o empresário interessado em disponibilizar um bem ou serviço no mercado de consumo, antes de executar os atos materiais de produção, efetua um cálculo de viabilidade econômica do empreendimento. Esse cálculo é de natureza consequencialista, ou seja, o empreendedor projeta para o futuro os benefícios econômicos que espera auferir como remuneração dos riscos que conscientemente assume na organização dos fatores de produção.

Ressalte-se que apesar desse cálculo ser feito baseado em expectativas de receitas e despesas a serem realizadas em data futura, sua mensuração leva em consideração as informações disponíveis no momento do planejamento. Desse modo, apenas na situação em que o cálculo do empreendimento evidencia a probabilidade de que as receitas sejam superiores às despesas, é que o empreendedor efetivamente atuará no mercado, com o intuito de auferir lucros.

Nesse contexto, o empresário define o preço dos produtos e serviços que pretende disponibilizar ao mercado tendo por referência o cálculo dos custos estimados com seus insumos de produção: mão de obra, materiais de produção, despesas administrativas e tributos.

Além disso, é necessário que o custo empresarial leve em consideração despesas que não podem razoavelmente ser previstas ou calculadas, a exemplo dos efeitos provocados por crises econômicas que afetem a demanda ou eventos da natureza que acarretem custos extraordinários. Somente após cobrir todo o custo previsto e imprevisto é que a margem remanescente se converte em lucro.

Nessa ordem de ideias é que Coelho (2016, p. 55) resgata a noção de que o direito também é um custo da atividade econômica, uma vez que o exercício de empresa determina a observância das leis trabalhistas, tributárias, de seguridade social e ambientais que, atribuindo deveres ao empresário, acaba por determinar-lhe a assunção de custos.

Nesse sentido, o cálculo do custo do produto ou serviço produzido e, por conseguinte, do preço de venda de tais utilidades, internaliza o custo que o direito representa para a atividade empresarial. Não apenas isso, supervenientes alterações normativas que atribuam novos custos ao empresário, a exemplo da majoração de tributos ou novos requisitos técnicos para licenciamento ambiental, acarreta no recálculo do preço dos bens e serviços o que, em última análise, é repassado ao mercado de consumo por acréscimo do preço de venda.

Nessa linha de raciocínio, há acréscimos de custo de produção determinados pelo direito que podem ser facilmente determinados e precisamente mensurados, a exemplo da imposição de uma taxa com valor determinado, situação em que o recálculo do preço de bens ou serviços ofertados será feito de modo relativamente simples e objetivo.

Outras alterações de custos determinadas pelo direito, entretanto, ocorrem à revelia da fixação de critérios objetivos que permitam ao agente econômico mensurar com exatidão o impacto que a modificação jurídica provocará no custo da atividade. É caso de uma lei ambiental que atribua ao agente econômico responsabilidade objetiva pela reparação integral de um dano que sua atividade cause ao meio ambiente.

É que nessa situação exemplificativa, ao tomar conhecimento de que o direito poderá lhe atribuir a responsabilidade patrimonial por um dano futuro, o empresário dilui ao custo do produto a expectativa razoável do que gastará com a potencial indenização, isto é, socializa com o mercado de consumo a responsabilidade que lhe foi atribuída pelo direito, mantendo a expectativa de lucratividade da atividade.

Assim, explica Coelho (2016, p.58), embora o desembolso pela reparação só seja efetuado pelo empresário após ocorrido o dano e liquidada sua extensão, o recurso utilizado para reparação do bem jurídico ambiental é previamente arrecadado pelo empresário em momento anterior, incluído no preço do produto com base em um cálculo probabilístico.

Nota-se com isso que a tarefa do empresário é de um tomador de risco por excelência. Sua participação no mercado ocorre sem certeza de que haverá receptividade de seus bens e serviços pelo mercado em volume que lhe assegure receitas suficientes para arcar com os custos que razoavelmente calculou. Não apenas isso, novos custos podem vir a lhe ser determinados pela ordem jurídica, alguns deles tendo conseqüências de difícil quantificação.

Igualmente dificultosa é a tarefa do operador do direito em mediar a proteção ao meio ambiente e o processo de mitigação das externalidades produzidas por uma atividade econômica. Isso pois, embora seja incontroversa a necessidade de proteção ao bem ambiental, o excesso pode acabar por tolher a atividade econômica ou, no mínimo, acarretar prejuízo ao mercado de consumo, pelo aumento de preço dos bens e serviços que lhes passam a ser oferecidos.

Com base no exposto, Coelho (2016, p. 56) propõe que os ramos do direito que impõem onerosidade ao exercício da atividade econômica sejam denominados de direito-custo. A apresentação desatenta dessa expressão pode levar à ideia de que o direito ambiental, ao impor ao empresário deveres de proteção ao meio ambiente, seria necessariamente prejudicial ao desenvolvimento econômico.

Ocorre que a atividade econômica é regida pelo princípio da função social da empresa, estabelecendo que o empreendimento privado atenda não apenas ao lucro do seu exercente, mas também às expectativas de uma ampla gama de atores sociais que se relacionam com o empresário, como seus empregados, consumidores e o Estado, havendo a necessidade também de uma postura responsável com o ambiente no qual a atividade se desenvolve.

Assim, ação estatal que impõe obrigações ambientais ao exercente de uma atividade econômica não pode ser entendida como lesiva ao empreendimento privado, mas sim como delineadora do cumprimento de sua função sob o social, sob a ótica da proteção ao meio ambiente.

Ademais, na linha do que exposto, não é a mera atribuição de um custo ao exercício de atividade econômica o fator apto a embaraçar o cálculo empresarial, mas sim a ausência de parâmetros objetivos que per-

mitam a socialização dos custos no mercado de consumo e, por conseguinte, possibilite a manutenção da expectativa lucrativa.

Tome-se como exemplo a superveniência de uma lei que institua uma fiscalização ambiental em valor fixo, ou que estabeleça a obrigatoriedade de instalação de filtros para resíduos líquidos com preços estáveis no mercado. Tais medidas protetivas ao meio ambiente impõem custos à atividade econômica, mas permitem ao empresário calcular com previsibilidade o incremento de custo em sua atividade e formar o preço de seus produtos.

Imagine-se, em contrapartida, uma superveniência legislativa que estabeleça o dever genérico de reparação integral do dano ambiental causado a um ecossistema e aplicação de multa por seu descumprimento, sem descrição objetiva do ecossistema protegido e desacompanhada de parâmetros claros para caracterização da infração. Nesse caso, tem-se por imprevisível o valor a título de responsabilidade por dano ambiental que um empresário pode vir a arcar, servindo de embaraço ao cálculo do custo empresarial e de desestímulo à assunção de riscos inerentes ao desenvolvimento do empreendimento privado.

Nessa ordem de ideias, ressalta-se a importância de que o sistema jurídico seja estável, previsível e confiável, possibilitando que o empresário tenha o ambiente econômico necessário para desenvolver suas atividades de modo lucrativo e com atendimento à função social, inclusive sob aspecto ambiental, compatibilizando os diversos interesses que gravitam em torno da atividade econômica.

Tanto assim que Porto e Garoupa (2020, p. 175) refletem que o Direito pode contribuir para a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico por meio do estabelecimento de normas claras e objetivas, que permitam ao agente econômico realizar seu planejamento com previsibilidade. Nessa circunstância, a normatização imposta pelo direito será observada e os próprios agentes privados alocarão de modo eficiente os recursos existentes em uma economia.

Ainda que assim seja e evidenciada a interpenetração entre os elementos jurídicos e econômicos a envolver a interação da atividade econômica com a proteção ao meio ambiente, ressalta-se que o argumento

econômico isoladamente considerado pode também acarretar a proteção deficiente do patrimônio ambiental.

Nesse sentido, recorda Coelho (2016, p. 52) que “quando uma externalidade é compensada, ela deixa de ser externalidade”. Desse modo, é viável o raciocínio segundo o qual o ato que impõe uma compensação estritamente financeira a uma externalidade negativa tem o condão de neutralizá-la.

Por esse raciocínio estritamente econômico, a partir da internalização aos preços dos produtos de todo o custo social que a atividade poluidora gera ao meio ambiente, a prática poluidora passaria a ser um indiferente econômico.

Tal raciocínio, viável sob aspecto econômico, não está em consonância com a mais ampla proteção ao meio ambiente, desconsiderando que determinados itens do patrimônio ambiental devem ser objeto de conservação no estado natural que se encontram, assim como há danos ambientais irreversíveis ao ecossistema em ocorridos.

## CONCLUSÃO

A análise econômica do direito revela a interpenetração existente entre conceitos de ordem econômica e jurídica, passando o operador do direito a compreender determinados institutos jurídicos a partir da exposição do fenômeno econômico que lhe é correlato, assim como dotando-o de uma ferramenta que permita ampliar o conhecimento das consequências práticas que podem advir de uma proposição jurídica.

Nesse contexto, constatamos que a empresa, expressão que assume múltiplos significados, é um fenômeno econômico transposto para ordem jurídica, sendo influenciado em seu nascedouro por uma doutrina que sustentava a harmonia entre os interesses contrapostos dos atores que se relacionam com a atividade empresária.

Ainda que assim seja, na contemporaneidade resta cristalizada a ideia de que há sim interesses divergentes e com potencial conflitivo entre o empresário e as demais pessoas que com ele se relaciona, havendo contudo o dever imposto pela ordem jurídica de que haja a busca pela

compatibilização do lucro empresarial aos valores sociais e ambientais que circundam a atividade empresária.

Assim, o direito ambiental é dotado de um conjunto de princípios que estabelecem ao empresário deveres de proteção ao bem jurídico ambiental, visando mitigar os impactos nocivos que a atividade econômica possa ter sobre o ambiente natural, identificado pela ciência econômica como externalidades negativas.

Nesse contexto, diante do potencial de exigir posturas e recursos financeiros por parte do empresário, o direito ambiental é enxergado como um custo da atividade empresária, ao que se cunha a expressão direito-custo ambiental.

Ocorre que, à vista do processo de internalização do custo social de uma externalidade negativa, há uma socialização do custo atribuído a uma atividade potencialmente nociva. Isso pois, em última análise, o custo determinado por uma norma ambiental é internalizado ao preço dos produtos disponibilizados no mercado.

Desse modo, o Direito deve se estruturar de modo que a edição de normas que ponham o patrimônio ambiental a salvo de uma atividade econômica seja feita com prudência, eficiência e uso do meio estritamente adequado à preservação do meio ambiente, sob pena de restrição desproporcional da liberdade de iniciativa e de duplamente onerar o consumidor: imediatamente pela degradação do meio ambiente e imediatamente pelo aumento dos preços dos produtos.

Por fim, ainda que tenhamos realizado nossas ponderações sob a ótica da análise econômica do direito, constatou-se que, em se tratando da proteção do meio ambiente, o argumento estritamente econômico pode acarretar-lhe proteção insuficiente, devido à inexistência de simetria entre os requisitos éticos e morais utilizados na argumentação econômica e jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Comercial**, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário**. 3. ed. rev. Atual. e ampl São Paulo: RT, 2004.



# A HERANÇA DIGITAL FRENTE À TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS NAS REDES SOCIAIS

*Apolonio da Silva Ricarte*<sup>5</sup>

*Nájila Bezerra Medeiros*<sup>6</sup>

## INTRODUÇÃO

Os desafios do mundo moderno são complexos e dinâmicos, a velocidade em que as informações e mudanças digitais acontecem requer uma sociedade sempre atenta e conectada ao mundo. As redes sociais na internet são um grande espaço de diálogo e quebra de paradigmas em meio ao mundo pós-moderno. Os impactos causados nas relações sociais em meio a essa revolução digital vão além do uso *on-line* dessas tecnologias, afeta o cotidiano das pessoas provocando verdadeiras transformações sociais.

Desde a disseminação da *web 2.0*, em 2004, os usuários do ciberespaço passaram a produzir e compartilhar informações criando, principalmente nas redes sociais, uma ampla carga de arquivos e dados. En-

---

5 Estudante de Direito no Centro de Educação Superior CESREI. LTDA. Graduado em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB.

6 Professora do Curso de Direito no Centro de Educação Superior CESREI. LTDA. Advogada no Ferreira, Rosa Romero e Rabello Advogados.

tender o quão complexa é essa relação e o quanto representa para essas comunidades digitais levanta discussões de como tratar esses dados após a morte do seu titular e em que mecanismo jurídico seguro estará resguardada a vontade do titular, nos tira do âmbito digital e nos leva ao mundo *offline*, nessa relação direta entre o Direito Digital e o processo comunicacional.

O imediatismo causado pela globalização deixou evidente como as relações sociais se transformam, seja pela velocidade com que as pessoas interagem e se relacionam, como também com que intensidade essa troca de dados é assimilada. No mundo atual, as fronteiras físicas deixaram de existir aproximando as pessoas e modificando a forma de agir e pensar da população. Para as pessoas envolvidas com os avanços tecnológicos e com a velocidade dos processos comunicacionais, as fronteiras físicas deixam de importar. Para Bauman (1998, p. 19), “Trocando em miúdos: em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la”, essa aproximação entre os grupos sociais na internet acaba também sendo uma espécie de exclusão digital, tornando cada dia mais seletiva essas comunidades.

Essa anulação das fronteiras físicas provocadas pelo advento da tecnologia também se dar em todos os ramos da vida social, a herança no Brasil sendo um direito constitucional do cidadão, agora também passa a ser observada no meio digital, a fim de garantir leis específicas que tragam segurança jurídica a essas relações no mundo conectado.

Observa-se que a velocidade da comunicação reflete de maneira incisiva no contexto social do cidadão, influenciando em suas decisões, criando e difundindo através de suas redes sociais uma forma de interação cada vez mais conectada, para Castells (2013, p. 15), “A constituição de redes é operada pelo ato da comunicação”, ganhando significado nesse processo o compartilhamento de informações.

## 1 – CONSIDERAÇÕES E CONCEITOS SOBRE HERANÇA NO CÓDIGO CIVIL

Diante da velocidade das transformações nas relações sociais em nossa sociedade, o Código Civil brasileiro passa por atualizações cons-

tantes em busca de acompanhar o ritmo das necessidades de seu povo. Dentre os fenômenos jurídicos registrados e seguidos pelo código, o da sucessão aparece desde os primórdios das relações jurídicas. Para Farias e Rosenvald (2018, p. 30), “o fenômeno sucessório é extremamente corriqueiro nas relações jurídicas e transcende o campo do Direito das Sucessões”.

O Direito Sucessório estabelece-se no ordenamento buscando organizar a partilha dos bens jurídicos e patrimoniais deixados pela personalidade jurídica do falecido, acumulados durante a vida e que se destina aos herdeiros legais estabelecidos em lei. Farias e Rosenvald (2018) definem o direito das sucessões da seguinte forma:

(...) o Direito das Sucessões diz respeito, efetivamente, à substituição do sujeito de uma relação jurídica por conta da morte do seu titular. É o princípio. Porém, nem toda sucessão (*rectius*, substituição) diz respeito ao Direito das Sucessões. Isso porque a substituição do objeto (*sub-rogação real*) e a substituição do sujeito de uma relação jurídica em razão de um ato intervivos (*sub-rogação pessoal*) são evidentes fenômenos sucessórios, que não dizem respeito ao Direito das Sucessões.

É importante observar que o Código Civil no seu artigo 6º detalha sobre o fim da existência da pessoa natural através de sua morte, abrindo o espaço para o Direito Sucessório. Assim sendo, poderes legítimos e legais para seus herdeiros tomarem posse provisória ou definitiva dos bens do morto.

Outro ponto de destaque no Direito Sucessório se dá através do seu papel social, em que, por meio das garantias legais, busca assegurar a segurança patrimonial das famílias, visto que mesmo sendo permitido ao titular dos bens em vida ao testamento, esse só terá que garantir que todos os herdeiros sejam contemplados, como explica Farias e Rosenvald (2018, p. 52), “por isso, com vistas a garantir a função social da herança, o ordenamento limita a liberdade de testar, impondo a garantia de transmissão de, pelo menos, cinquenta por cento do patrimônio líquido disponível para os herdeiros necessários”.

Observamos que a importância do Direito Sucessório se dá além dos bens financeiros deixados pelo titular dos bens jurídicos e parte também para a demanda social, respeitando o desejo do falecido e contribuindo para resolução de demandas complexas familiares. Nesse âmbito, a herança digital aparece sendo um novo direito do cidadão, que busca através de segurança jurídica ter respeitado seus desejos durante a vida.

## 1.1 – TIPOS DE HERDEIROS

A herança consiste na divisão dos bens conquistados em vida pelo inventariado, essa divisão aos herdeiros necessários se dá através de ritos e procedimentos comuns apenas ao Direito das Sucessões. O Autor da Herança ou de *cujus*, segundo Farias e Rosenvald (2018, p. 69), é “a expressão *de cuius* é a abreviação de *de cuius successionis agitur*, cujo sentido é aquele de quem a sucessão se trata”, somente esse cidadão que tem comprovada relações jurídicas patrimoniais a serem transmitidas interessa ao Direito Sucessório.

### 1.1.1 HERDEIRO LEGÍTIMO

Também conhecido como necessário ou facultativo, o herdeiro legítimo aparece beneficiado por conta de uma norma legal, sendo incluídos em alguns casos mesmo sem o desejo do titular dos bens na partilha e garantido sua parte da ação. Conforme disposto no artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

#### IV – aos colaterais.

Dentro do ordenamento do Direito Sucessório, o herdeiro legítimo tem sua classificação dividida entre necessário e facultativo. Dentro do código civil observa-se que o herdeiro necessário é um herdeiro legítimo, sendo que o mesmo não necessariamente acontece o contrário. No processo de sucessão legítima necessária é retirado o direito do titular à exclusão do herdeiro do processo sucessório.

Como trata Farias e Rosenvald (2018, p. 73):

Os herdeiros necessários (ou herderos forzosos, como prefere o Código Civil da Espanha) não podem, ordinariamente, ser preteridos pela vontade do titular. Dessa forma, uma pessoa que tenha descendentes, ascendentes ou cônjuge não poderá testar mais do que cinquenta por cento do seu patrimônio por conta do direito reconhecido ao herdeiro necessário.

Diante de relações sociais tão distintas em nossa sociedade, observa-se o quão técnico foi o legislador, garantindo assim a presença do herdeiro necessário no processo de divisão dos bens, mesmo esse não fazendo parte na maioria dos casos do ciclo íntimo do titular dos bens.

### 1.1.2 HERDEIRO TESTAMENTÁRIO

Na prática, a sucessão testamentária não abrange a grande massa do povo brasileiro, pois em um país com tamanhas desigualdades sociais o testamento não é algo que faça parte do cotidiano do cidadão, por se tratar de um processo que requer patrimônios e bens, acaba que não alcança a grande maioria da população.

O código civil brasileiro dispõe de uma ampla quantidade de artigos que tratam e regulam essa modalidade de sucessão. Do artigo 1.857 até o artigo 1.990 é possível acompanhar as mais diversas situações nas quais o testamento pode e deve ser utilizado.

Importante observarmos que os herdeiros testamentários são escolhidos pela vontade particular do titular do patrimônio, garantindo assim que suas escolhas e desejos sejam respeitados. O poder de dividir seus

bens fracionando a quantidade que deseja entre seus herdeiros só é impedido caso exista algum herdeiro necessário. Segundo Farias e Rosenvald (2018), “o poder de dispor livremente em testamento, contudo, sofre restrições no caso de existir algum herdeiro necessário. Nessa hipótese, somente é possível dispor da metade do patrimônio líquido disponível (respeito à legítima).

## 2 – OS BENS DIGITAIS

O mundo digital na atualidade tornou-se um complemento do mundo real e faz parte do cotidiano de uma grande parcela da sociedade, estando completamente ligado à vida particular dessas pessoas. Consumimos e produzimos diariamente milhares de informações que são armazenadas em dispositivos virtuais como as nuvens, e guardadas por senhas e códigos que garantem a sua privacidade.

Destaca-se dentro desse cenário de criação de um ambiente virtual, voltado para compartilhamento de dados e relacionamentos, o *Orkut* criado no ano de 2004, pelo turco Orkut Buyukkokten, teve como principal objetivo a criação de comunidades e compartilhamentos de dados. No livro *Direito Digital*, de Patrícia Peck Pinheiro, ela destaca o *Orkut* como sendo “uma comunidade online de amigos, cujo principal objetivo é oferecer um ambiente que enriqueça a vida social de seus usuários” (PINHEIRO, 2021, p. 791). Essa experiência que fez sucesso com o público brasileiro chegando a ser ainda no segundo semestre do ano de 2004 a maior porcentagem de usuários da plataforma no mundo,<sup>7</sup> durou até o ano de 2014, com cerca de 5 milhões de usuários ativos, mantendo até o ano de 2016 um arquivo para backup por parte dos seus usuários.

No tempo atual, os aplicativos de mensagens instantâneas seguem sendo os mais utilizados pela população brasileira, se configurando uma extensão da tradicional “reunião familiar”, pois aproximam entes queridos distantes como também armazenam memórias audiovisuais de

---

7 Disponível em: <https://www.segredosdomundo.r7.com/orkut-historia/>. Acesso em: 09 ago. 2022.

toda uma geração. Segundo pesquisa Ibope,<sup>8</sup> realizada no ano de 2022 e veiculada no site de notícias *Isto É Dinheiro*, o WhatsApp segue sendo o aplicativo mais utilizado entre os brasileiros, seguido por Instagram e Facebook.

Outra realidade das relações sociais e financeiras que envolvem os bens digitais são os patrimônios que não existem de maneira física e na maioria das vezes são acessados através de um equipamento conectado à internet, que ali no mundo virtual tem valor financeiro para seu titular. Negociações como clube de vantagens, pacote e milhas aéreas, moedas e carteiras digitais, perfis remunerados, entre outros, que passam a ter um caráter extremamente valioso para a sociedade.

É importante observarmos que esses bens, além de serem guardados por senhas e códigos em sites ou aplicativos específicos, necessitam de um conhecimento técnico e teórico em cada meio inserido virtualmente. Observa-se que a tecnologia através dessas inquietações do cotidiano já oferece condições para que em vida o desejo do titular seja respeitado pela inteligência artificial que coordena esses acessos.

Essas memórias que acarretam patrimônio afetivo ou monetário, mesmo estando em um mesmo ambiente virtual, requer uma maior atenção frente à categoria em que cada patrimônio se encaixa. Conforme Bruno Zampier, (2017, p. 93):

O ambiente virtual, assim como ocorre no mundo virtual, comporta aspectos nitidamente econômicos, de caráter patrimonial bem como outros ligados inteiramente aos direitos da personalidade, de natureza existencial.

Bens digitais são classificados em um conjunto de conteúdo armazenados no mundo virtual. Sejam eles postados e compartilhados na internet através de imagens, textos, arquivos, vídeos pelo seu titular, tendo valor financeiro ou não. Diante de tamanha demanda de informação é importante encontrarmos meios de preservar esses bens da mesma for-

---

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/whatsapp-e-o-app-mais-usado-por-brasileiros-veja-lista/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

ma que são resguardados em vida, onde requer uma série de cuidados e estratégias para a permanência da privacidade do usuário.

A Série Britânica *Black Mirror* criada no ano de 2011 e incorporada à Netflix, uma das maiores plataformas de streaming no ano de 2016, trata de um contexto de ficção científica, mas que já reflete em nosso cotidiano, aproximando ficção com a realidade. O episódio “Volto Já (*Be Right Back*)” descreve a relação da personagem protagonista Martha com uma réplica virtual de seu namorado falecido Ash, através de um site especializado em Inteligência Artificial, o mesmo é recriado por meio dos rastros digitais deixados em vida.

Encontra-se durante os episódios a evolução da Inteligência Artificial, tendo como início apenas conversas através de um aplicativo até alcançar o ponto principal do episódio, que é a recriação física através de um *android* de Ash. Os fatos narrados nas cenas seguintes destacam o estranhamento do *bot* em relação às lembranças produzidas *offline* por Ash, e traz a discussão de até onde poderemos avançar na questão sucessória digital e em que contexto esses dados herdados poderão ser utilizados.

As redes sociais são usadas de maneira mais frequente pelos seus usuários, incorporando nelas as nossas pegadas digitais, onde traços e trechos de nossa vida são escolhidos de maneiras individuais. Constatase que na sucessão digital alguns fatores como o desconhecimento por parte do titular das políticas de privacidade de cada plataforma levam à não vinculação de herdeiros digitais em suas contas, diante de uma sociedade cada dia mais imersa na tecnologia essa cultura da informação requer um esforço e investimento cada dia maior na rede.

### 3 – O CIBERESPAÇO E AS RELAÇÕES SOCIAIS NA INTERNET

Entendendo que nossa vida está interligada às máquinas e às redes sociais, e que as mesmas ocupam um espaço privilegiado em nosso cotidiano, observamos o quanto os computadores interligados à internet são vitais para o fluxo de informações geradas e consumidas em nossos dias. Como aponta o conceito de Recuero (2009):



O estudo das redes sociais na Internet, assim, foca o problema de como as estruturas sociais surgem, de que tipo são, como são compostas através da comunicação mediada pelo computador e como essas interações mediadas são capazes de gerar fluxos de informações e trocas sociais que impactam essas estruturas (RECUERO, 2009, p. 24).

A relação entre internet e redes sociais tem contribuído de maneira considerável para a oferta e disponibilização de dados em rede, provocando assim uma modificação de paradigma na sociedade. Castells (2003) define o usuário como parte central do processo da cultura da internet, diferente dos criadores, essa abrange outros protagonistas, “os consumidores/usuários, por outro lado, são aqueles beneficiários de aplicações e sistemas que não interagem diretamente com o desenvolvimento da internet, embora seus usos tenham certamente um efeito agregado sobre a evolução do sistema” (CASTELLS, 2003, p. 41). Especificada pelo autor como cultura dos criadores da internet, os consumidores/usuários são peças fundamentais movimentando suas contas e criando um ambiente digital interligado.

Importante observar essa quebra de paradigma provocada pelas redes sociais e a virtualização da vida onde as barreiras geográficas não existem, criando uma comunidade global de trocas de informação.

Para Levy (2005, p. 49):

Contudo, apenas as particularidades técnicas do ciberespaço permitem que os membros de um grupo humano (que podem ser tantos quantos se quiser) se coordenem, cooperem, alimentem e consultem uma memória comum, e isto quase em tempo real, apesar da distribuição geográfica e da diferença de horários.

Compreendendo a importância que os perfis nas redes sociais representam para o indivíduo, observa-se o quanto se deseja preservar e assegurar que essas memórias possam ser preservadas após a morte do titular da conta. As redes sociais na atualidade já representam uma extensão da vida cotidiana, seja em perfis de relações pessoais ou contas que movimentam recursos financeiros, o ordenamento jurídico brasi-

leiro precisa preencher as lacunas do código civil em relação à herança digital e onde ela deve ser provocada.

Buscando padronizar as relações com seus usuários, as maiores plataformas digitais em números de inscritos no mundo já oferecem oportunidades para o usuário que deseja preservar seu perfil após sua morte.

### 3.1 – PLATAFORMAS DIGITAIS E SUAS FUNÇÕES SUCESSÓRIAS

Dentro do processo sucessório digital destacamos as funções disponíveis nas principais redes sociais do mundo (*Facebook, Instagram, Twitter e o Google*), que já disponibilizam através de suas configurações, dispositivos próprios não padronizados de uso dessas contas após a morte do titular.

Observa-se que o ciberespaço abrange em um ambiente multiplataforma diversas experiências de compartilhamento do saber, produção e difusão através de grupos colaborativos que criam uma sociedade em rede e conecta sujeitos antes afastados pelas fronteiras físicas e que ali se recriam tornando o ambiente em uma extensão de sua vida.

#### 3.1.2 FACEBOOK

Desde o ano de 2015 um dos mais importantes aplicativos de mensagens instantâneas anunciou que o usuário pode em vida direcionar através de suas configurações para quem o acesso de seu perfil será direcionado em caso de morte. Essa página pode ser administrada em forma de memorial e é utilizada geralmente por entes queridos como forma de preservar a memória do falecido. Em suas configurações o titular pode restringir acesso do herdeiro a suas conversas privadas como também, caso prefira, a exclusão do seu perfil de maneira definitiva após um período sem utilização.

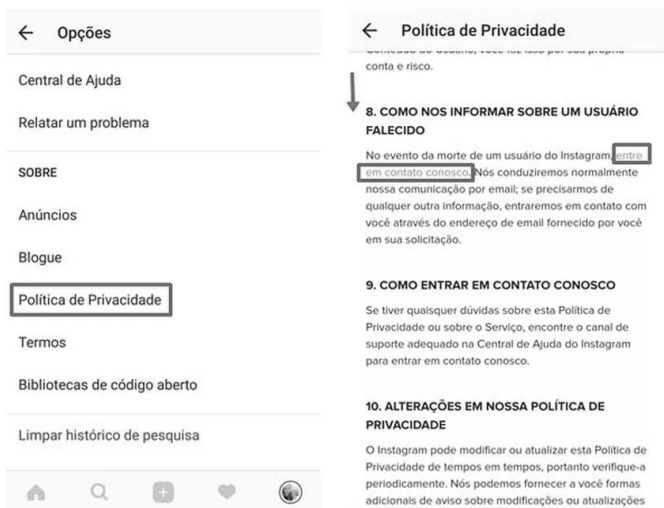


Fonte: Facebook/internet.

A funcionalidade tem características próprias como restringir o uso da função apenas para maiores de 18 anos, permitir que o contato herdeiro possa gerenciar a conta do seu próprio perfil, como também alterar fotos de perfil e capa, responder solicitações de amizade ou até mesmo baixar uma cópia de todos os dados da conta como também pedir a exclusão total da mesma.

### 3.1.2 – INSTAGRAM E TWITTER

Ao contrário do Facebook, essas redes sociais ainda não permitem que o titular do perfil selecione um de seus membros para gerenciamento de sua rede após a morte. Para isso, solicitam que sejam encaminhados documentos que comprovem o falecimento do titular como também documentos que atestem através das legislações locais de cada cidadão que ele é o responsável legal por aquela conta. O que difere entre as duas é o encaminhamento após o pedido, enquanto no Instagram esse perfil pode ser utilizado como espécie de memorial, no *Twitter* não é possível esse acesso.



Fonte: Instagram/internet.

Central de Ajuda

Como usar o Twitter Gerenciar sua conta Segurança e proteção Regras e políticas Recursos - Entrar Q Fale conosco

## Como entrar em contato com o Twitter para falar sobre a conta de um familiar falecido

### Usuário falecido

Caso um usuário do Twitter faleça, podemos trabalhar com uma pessoa autorizada a agir em nome do Estado ou com um parente imediato verificado do falecido para efetuar a desativação da conta.

Solicite a remoção da conta de um usuário falecido. Depois de enviar sua solicitação, enviaremos a você um e-mail com instruções para fornecer mais detalhes, incluindo informações sobre a pessoa falecida, uma cópia de sua identidade e uma cópia da certidão de óbito da pessoa. Esta é uma etapa necessária para evitar denúncias falsas e/ou não autorizadas. Garantimos que essas informações permanecerão confidenciais e serão removidas assim que as tivermos examinado.

Fonte: Twitter/Internet.

A função memorial do Instagram torna o *feed* de rolagem da plataforma mais humano, pois limita atualizações e até surpresas indesejadas ao encontrar a conta de um ente querido em pleno funcionamento mesmo após sua morte. Já no Twitter, segundo informações disponíveis

no site olhar digital,<sup>9</sup> essa conta pode ser excluída totalmente em caso de pedido de familiares, ter suas fotos e mídias excluídas em caso de pedido de empresa ou mesmo ser deletada após 06 meses por tempo de inatividade.

### 3.1.3 – GOOGLE

No caso dos serviços *online* do Google, através de uma configuração prévia, o titular da conta pode inserir um contato de confiança para direcionamento de suas informações em caso de morte ou até mesmo caso suas contas fiquem inativas por um período determinado. Sendo assim, a empresa entrará em contato com o herdeiro digital de confiança e o mesmo poderá acessar os dados anteriormente selecionados pelo falecido.

#### Decida se sua Conta do Google inativa deve ser excluída

Depois que sua Conta do Google ficar inativa, você quer que a conta e todo o conteúdo dela sejam excluídos?

Se você optou por permitir que uma pessoa faça o download do seu conteúdo, ela poderá fazê-lo por até três meses antes da exclusão da conta

Se você optar por excluir sua Conta do Google, isso incluirá seus dados compartilhados publicamente (por exemplo, vídeos do YouTube ou postagens do Blogger). Saiba mais

Devemos excluir sua Conta do Google caso ela se torne inativa?

Sim, exclua minha Conta do Google inativa

Isso acontecerá três meses depois que sua conta se tornar inativa



#### Escolha quem notificar e o que compartilhar

Você pode escolher até 10 pessoas para notificarmos se sua Conta do Google ficar inativa. Também é possível permitir que elas acessem alguns dos seus dados.

i@hotmail.com

Seu contato será notificado



ADICIONAR PESSOA

Se você usa o Gmail, também pode configurar uma resposta automática, a qual será enviada depois que sua conta se tornar inativa.

Ela informará a quem lhe enviar um e-mail que você não utiliza mais esta conta.

9 Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/11/06/internet-e-redes-sociais/depois-que-morremos-como-ficam-nossos-perfis/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

**Defina quando sua Conta do Google deve ser considerada inativa**

Só ativaremos o plano que você configurou se você não utilizar sua Conta do Google por algum tempo. Saiba mais

Diga quanto tempo devemos esperar para fazer isso.

**Depois de 3 meses de inatividade** 

Vamos entrar em contato 1 mês antes do fim desse prazo

Antes de tomarmos alguma medida, entraremos em contato com você várias vezes por SMS e e-mail.

**Mais opções**

Outras opções para gerenciar seus dados, como escolher o que acontece com eles quando a conta fica inativa ou excluir a conta



 Seu legado digital	Planeje o que acontecerá com seus dados	>
 Excluir sua Conta do Google	Exclua toda a sua conta e seus dados	>

Fonte: Google/internet.

Caso o usuário não configure o serviço de contas inativas, seus familiares, enviando um pedido de fechamento de conta do falecido, poderão receber esses dados, ou como nos serviços anteriores, solicitar a exclusão permanente deles. Nesse caso, é necessário preencher um formulário e anexar alguns documentos, como identidade do interessado e certidão de óbito do ex-usuário.

## 4 - PROJETOS DE LEI

Dentro da abordagem de uma regulamentação a nível nacional, com destaque para o ano de 2012, os projetos legislativos sobre o assunto do deputado Jorginho Mello (na época pelo PSDB/SC), Projeto de Lei nº 4.099, de 2012, e do deputado Marçal Filho (na época pelo PMDB/MS), Projeto de Lei nº 4.847, de 2012, visavam, cada um com sua particularidade, a inserção da herança digital no Código Civil de 2002.

O Projeto de Lei nº 4.099, de 2012 destaca e acrescenta um parágrafo no texto do Código Civil que diz:

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1.788. Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (NR)

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Já o PL n.º 4.847, de 2012, visava acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

Capítulo II-A Da Herança Digital

“Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

- I - definir o destino das contas do falecido;
  - a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;
  - b) - apagar todos os dados do usuário ou;
  - c) - remover a conta do antigo usuário.”

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Destaca-se nos dois projetos a necessidade de se unificar em lei algo tão necessário para o cidadão. No ano de 2013, os mesmos foram analisados e a proposta do deputado Marçal Filho acabou sendo pensada e tramitada em conjunto com proposta mais antiga do deputado Jorginho Melo, sendo a redação dessa lei a presente na aprovação pela Câmara dos Deputados. A última movimentação no site da câmara federal detalha o arquivamento realizado pelo Senado Federal no ano de 2019.

Seguindo a ânsia em uma regulamentação nos anos de 2020 e 2021, o assunto voltou ao cenário da câmara federal, desta vez através dos projetos de Lei nº 3.050, de 2020, de autoria do deputado Gilberto Abramo - REPUBLICANOS/MG, e do PL de nº 1.689, de 2021, com autoria da deputada Alê Silva - PSL/MG, este mesmo possuindo um texto mais contemplativo para o tema foi pensado ao PL mais antigo que segue como descrito no site da câmara federal “Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI)”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que esta pesquisa tratou de esclarecer que os processos legislativos no Brasil precisam de uma maior atenção e de celeridade em relação a temas que impactam a vida cotidiana e as relações sociais no país. Com o advento da evolução digital e o crescimento das redes sociais e suas constantes atualizações em suas políticas de privacidade, o usuário precisa ter uma unificação sobre seus dados e como esses dados serão usados após sua morte. Todos possuímos uma quantidade de bens digitais,



sejam eles monetários ou sentimentais (pessoais) como os encontrados nas redes sociais, e mesmo com tamanho avanço tecnológico sente-se a falta da inserção da herança digital no código civil brasileiro, pois no decorrer deste estudo ficou evidente que há uma omissão na legislação nacional sobre o tema, e a inclusão e padronização de bens digitais em testamentos necessita ser implementada e não apenas colocada de maneira particular no entendimento de cada provedor de redes sociais.

Destaca-se nas discussões parlamentares um direcionamento favorável à implantação e aprovação dos projetos que dissertam sobre a temática, faltando uma efetivação das propostas e um acompanhamento da implantação da letra da lei. Vários são os temas relacionados às relações sociais que necessitam de uma ampla discussão e implantação de leis e normas que regulamentem suas funcionalidades. De acordo com Peck e Rocha (2018), o valor da informação passou a ser moeda de troca, demonstrando a importância de uma discussão efetiva em todos os temas relacionados ao Direito na internet.

Sendo a herança digital um instrumento provocado pelas relações sociais na internet, observa-se que ele não é o único que envolve as redes sociais e necessita de leis específicas e fiscalização em suas diretrizes, pois a internet se tornou algo dinâmico e agregador. A internet passando a ser protagonista na vida das pessoas e em suas relações pessoais, ela deixa de ser uma rede de computadores e se torna uma rede de pessoas interligadas (PINHEIRO, 2021). Dessa forma, é fundamental que o Legislativo e todos as instâncias cumpram seu papel e continuem buscando soluções para as transformações sociais de nosso povo, e que as empresas responsáveis pela tecnologia se adéquem às normas e possam continuar colaborando para um amplo processo de transformação e mudança na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BRASIL. Código Civil. Código Civil Brasileiro. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

CÂMARA LEGISLATIVA. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>.

CÂMARA LEGISLATIVA. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247&ord=1>.

CÂMARA LEGISLATIVA. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: sucessões** / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

ISTO É DINHEIRO. <https://www.istoedinheiro.com.br/whatsapp-e-o-app-mais-usado-por-brasileiros-veja-lista/>.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa: São Paulo: Ed. 34, 1999.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2005.

OLHAR DIGITAL. <https://olhardigital.com.br/2021/11/06/internet-e-redes-sociais/depois-que-morremos-como-ficam-nossos-perfis/>.

PECK, Patrícia. **Advocacia digital** / Patrícia Peck e Henrique Rocha. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

SEGREDOS DO MUNDO. <https://segredosdomundo.r7.com/orkut-historia/#:~:text=A%20rede%20social%20Orkut%20surgiu,o%20p%C3%BAblico%20brasileiro%20e%20indiano>.

# A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E A INDÚSTRIA DO DANO MORAL: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

*Leidiane da Silva Oliveira*<sup>10</sup>

*Elpídio Paiva Luz Segundo*<sup>11</sup>

## INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do direito privado modificou substancialmente o direito civil, principalmente no que tange à proteção jurídica dos direitos personalíssimos, que ganharam maior visibilidade com a previsão da tutela dos direitos extrapatrimoniais na Constituição de 1988 (FRANK; OLIVEIRA; CORRÊA, 2013).

---

10 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA). Pesquisadora do grupo de pesquisa “Fronteiras do Direito Privado” no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA).

11 Doutor e mestre em Direito pela UNESA/RJ. Docente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA). Líder do Grupo de Pesquisa “Fronteiras do Direito Privado” no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UniFG/BA.

Porém, essa tutela não possui tipificação específica e necessitaria, para sua aplicação, da valoração do magistrado (MORAES, 2006), o que implica em problemas de difícil solução. Isso porque não há parâmetros legislativos delimitados para fixar a indenização cabível a cada dano, ficando essa tarefa por responsabilidade dos decisores e da teoria (FRANK; OLIVEIRA; CORRÊA, 2013).

Seu caráter jurisprudencial se dá nas normatizações realizadas pelos julgadores, que ao reconhecerem um novo dano o tutelam (MORAES, 2006), sendo, muitas vezes, anteriores à tutela legislativa. Nesse sentido, há um aumento exponencial das hipóteses de danos ressarcíveis com a permanente necessidade de interpretação do magistrado para se chegar à solução do caso concreto por conta da impossibilidade de se exaurirem em um projeto legislativo ou codificador. O segundo aspecto diz respeito aos modelos teóricos que tentam explicar as injunções das mudanças e que se deixam moldar por elas. Porém o que se consegue é apenas um fragmento da realidade tal como percebida. Assim, os modelos teóricos têm como condição serem inconclusos e aduzem antes uma interpretação do que uma coerência vigorosa.

Em relação ao conceito de partida de “indústria do dano moral”, a controvérsia a ser examinada é a fixação de indenizações civis como busca de lucro, o que apontaria para a existência de uma “indústria do dano moral” no Brasil. Nesse caminhar é necessário avaliar o argumento seja para situá-lo no campo fático, seja de um mito criado pelo senso comum dos juristas (WARAT, 1982).

O trabalho analisa, também, o Relatório da Justiça em Números no ano de 2018, sob a perspectiva ou não da existência de uma indústria do dano moral para fazer avançar o conhecimento no campo do direito, não só em uma perspectiva teórica, mas também a práxis.

Para a realização deste estudo, fez-se uso de uma pesquisa bibliográfica e documental, por meio de uma abordagem qualitativa e método analítico, baseada em artigos científicos e obras relacionadas à temática. O procedimento utilizado foi uma leitura reflexiva sobre os textos selecionados, a partir de diferentes revistas, tais como: a *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, a *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, a *Revista Direito, Estado e Sociedade*, a *Revista Brasileira de Direitos Fundamen-*

*tais e Justiça*, dentre outras. Os artigos foram selecionados com base nas seguintes expressões descritoras: indústria do dano; dignidade da pessoa humana e os danos; responsabilidade civil e expansão dos danos morais.

O estudo será desenvolvido em seis partes: Introdução; 1) O Direito Civil Constitucionalizado e a Dignidade da Pessoa Humana na Responsabilidade Civil; 2) Os Filtros de Reparação da Responsabilidade Civil e a Expansão dos Danos Indenizáveis, 3) A Existência da Chamada ‘Indústria do Dano Moral’ no Brasil: do Conceito à Aplicação; por fim, 4) Considerações finais.

## 1. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A respeito da conceituação do “direito civil constitucional” é possível afirmar que:

[...] é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também para reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas (SCHREIBER; KONDER, 2016).

De início, é necessário demarcar o significado da expressão “direito civil constitucional”. Ela se refere ao conjunto de mudanças que ocorreram no direito civil, bem como no direito constitucional, sendo que essas duas áreas do direito estão ligadas na medida em que da “era dos códigos”, passou-se à “era das constituições” (LEAL, 2015).

Essa nova versão do Direito Civil, elevado ao status de um direito constitucionalizado, por meio da expansão dos direitos fundamentais, fez com que a “a caixa de Pandora” (RODRIGUES JÚNIOR, 2010) dos juristas se abrisse, pois um sistema com significativo grau de subje-

tividade passa a ser incentivado, ao passo que tanto os juristas quanto os titulares desses direitos os invocam cada vez mais, considerando seu grau de abstratividade (RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Alguns dos problemas que o direito civil constitucional pode ocasionar são (RODRIGUES JÚNIOR, 2010): a) o “barateamento” da dignidade humana e de normas constitucionais em pequenas disputas individuais entre particulares, como, por exemplo, na cobrança de uma dívida; b) a subjetividade que permeia as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados pode ser tornar favorável àqueles que visam se beneficiar do arbítrio e abuso da discricionariedade judicial; c) o abuso na utilização dos princípios, além da confusão terminológica de conceitos jurídicos, doutrinas, cânones hermenêuticos e cláusulas gerais que se convertem ou se reconvertem em princípios (RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Nessa geleia principiológica, o emprego da dignidade da pessoa humana sem a devida cautela, a embasar toda e qualquer pretensão, contribui para banalizá-la tendo em vista que se tudo é fundado na dignidade humana, nada o será (RODRIGUES JÚNIOR, 2010), o que não raro desembarca nas desilusões constitucionais (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019).

Se é certo que o Código Civil atribui à dignidade da pessoa humana significativa relevância ao iniciar a parte geral com a determinação de que toda pessoa é capaz de adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil, houve também uma funcionalização que passa a depender de um exercício hermenêutico da atividade jurisdicional para que se possa estabelecer a decisão jurídica (BARROSO, 2006).

Outrora protagonista, o Código Civil passou a ter um caráter subsidiário, residual, sendo utilizado para questões às quais não há uma normatização especial (LEAL, 2015). Além disso, a necessidade de normatizações específicas acerca de novos conflitos e situações que demandavam uma tutela jurídica mais efetiva, por exemplo, dos interesses das crianças, adolescentes, idosos, dentre outros grupos vulneráveis, que careciam de uma maior especialidade a respeito de uma tutela, não podendo se amparar num sistema normativo voltado ao individualismo, com um precípuo caráter patrimonial (LEAL, 2015).

Nesse contexto, as tendências da responsabilidade civil são marcadas por três características: I) a objetivação da responsabilidade civil, com a possibilidade de o agente causador do dano responder independentemente de culpa, pelo qual o Código de Defesa do Consumidor assume protagonismo em seu fortalecimento; II) a coletivização; e III) a expansão dos danos ressarcíveis (BARROSO, 2006), sendo este último o foco de investigação deste trabalho.

## 2. OS FILTROS DE REPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

No ordenamento jurídico brasileiro, a reparação por danos morais ou patrimoniais é atribuída principalmente por meio da responsabilidade civil, sendo que o sistema de responsabilidade civil é baseado em um tripé: culpa,nexo causal e o dano.

Tradicionalmente, comprovada a culpa e demonstrada a existência do nexocausal, havia a fixação de balizas para a responsabilização, chamadas de filtros da responsabilidade civil ou filtros da reparação. Todavia, com o atual cenário judiciário, esses filtros estão perdendo sua importância e efetividade (SCHREIBER, 2009).

[...] o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexocausal como obstáculo ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento [...] (SCHREIBER, 2009, p. 11-12).

Em relação ao elemento culpa, a erosão se dá pela atribuição de responsabilidade ao agente apenas nas situações de mau uso da liberdade individual que implica em uma transgressão ao interesse de terceiro, culposamente, sendo um elemento de difícil constatação. Falhas que geravam danos a determinadas pessoas não podiam ser detectados nem mesmo por parte de seu agente (SCHREIBER, 2009),

de modo que muitas vítimas tinham que arcar com o prejuízo, sem reparação.

Outro aspecto que erodiu os filtros de reparação foi a adoção da responsabilidade objetiva. Antes ela era utilizada, por vários ordenamentos, somente em casos especiais, relacionados a anseios sociais mais gravosos. No Brasil, este fenômeno teve início por meio de diplomas especiais, a exemplo das estradas de ferro e da atividade nuclear.

Com as mudanças sociais e tecnológicas da sociedade, a Constituição atual passa a ser mais sensível à responsabilidade que dispensa a culpa, ao reparar os danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social (SCHREIBER, 2009). O Código de Defesa do Consumidor seguiu essa linha, ao estabelecer a responsabilidade objetiva no caso do fornecedor de produtos ou serviços, em um sistema de responsabilidade que abdica da subjetividade, ou seja, o elemento culpa. No Código Civil, o art. 927 foi uma importante inovação, fixando uma cláusula geral de responsabilidade objetiva (SCHREIBER, 2009).

Inobstante, a culpa ainda está presente no ordenamento jurídico, entretanto, não serve mais como um filtro de reparação, pois existem demandas indenizatórias para as quais não importam a existência da culpa.

O nexo de causalidade também era um importante obstáculo para a expansão das demandas indenizatórias. Todavia, assim como a culpa, foi relativizado, vez que com sua objetivação, o nexo causal, tido como o liame entre dano e culpa, ficou como o único freio para as demandas indenizáveis (SCHREIBER, 2009).

A dificuldade de delimitação do nexo de causalidade foi um dos impulsos para esse elemento também perder em importância. Em muitos casos, busca-se a aplicação do nexo causal com a finalidade de que a vítima seja reparada, ainda que o nexo causal não esteja devidamente configurado.

Nesse sentido, as balizas da responsabilidade civil, que durante muito tempo figuraram como filtros para eventuais reparações, têm sido deixadas de lado (MENEZES; LIMA; COSTA, 2019).

Morre a culpa subjetiva, amplia-se a responsabilidade civil sem culpa, enquanto novas teorias causais procuram lastrear o funda-



mento donexo. Surgem “novos danos” exatamente para mostrar que as relações sociais assumiram novas nuances, qualificando como antijurídicas certas situações fáticas anteriormente toleradas e desimportantes à responsabilidade civil. Abandono afetivo, perda do tempo útil, dano estético são exemplos ilustrativos (MENEZES; LIMA; COSTA, 2019).

Com os novos danos, a responsabilidade atribuída ao agente causador do dano se torna mais facilmente aplicável com a mitigação dos filtros da reparação. Isso trouxe inquietações, no âmbito da responsabilidade civil, quanto ao advento da denominada “indústria do dano moral”, que será examinada na sequência.

### 3. A EXISTÊNCIA DA CHAMADA INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO BRASIL: DO CONCEITO À APLICAÇÃO

Se outrora a Jurisprudência dos Valores alcançou um certo equilíbrio entre o espaço de liberdade e a função social do direito privado (WIEACKER, 2004), sua recepção tardia no Brasil tem sido problemática. De fato, o recurso retórico da dignidade da pessoa humana e da função social tem lançado a civilística brasileira em soluções de ocasião com o emprego inadequado de princípios e valores como fatores de correção do direito civil (RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Seguramente, o pensamento baseado nos princípios (empregado equivocadamente no Brasil, considerando a distorção da expressão *gebot*, que significa ordem, ordenação e imperativo<sup>12</sup> e valores) é perigoso, pois cria a aparência de objetividade, carregando um potencial para ocultar

---

12 MEDINA, F. S. Anwendung Und Auslegung Von Recht In Portugal Und Brasilien – Eine Rechtsvergleichende Untersuchung Aus Genetischer, Funktionaler Und Postmoderner Perspektive – Zugleich Ein Plädoyer Für Mehr Savigny Und Weniger Jherin, De Benjamin Herzog. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/MEDINA-Resenha-de-Herzog.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020. Hoje, temas como cláusulas gerais, interpretação teleológica, a perda de espaços do Direito Civil para a Constituição e a má recepção de autores alemães no direito brasileiro estão a requerer análise.

convicções pessoais do julgador que enseja uma gama de possibilidades de danos extrapatrimoniais até então não tutelados.

Em matéria de dano ressarcível, os ordenamentos modernos se dividem em duas vertentes: os típicos ou fechados. Os primeiros indicam taxativamente os interesses cuja violação enseja um dano reparável e o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo específico de atuação (SCHREIBER, 2009).

Nos ordenamentos atípicos ou abertos não se empregam semelhantes restrições, pois o legislador elenca cláusulas gerais, sendo que ao Judiciário caberia ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela. Ressalte-se que existem ordenamentos típicos que possuem seus pontos de abertura, e possuem ordenamentos atípicos, que apresentam limitações (SCHREIBER, 2009).

O direito brasileiro não prevê critérios específicos para a tutela do dano extrapatrimonial. Na inexistência desse critério e não podendo ser utilizado o mesmo cálculo para os danos materiais, há dificuldade em estabelecer a indenização, vez que do bem lesado não é possível exprimir valor monetário exato. Por isso, fala-se em uma compensação, quando é entregue ao lesado coisa diversa do bem que foi atingido pelo dano, a fim de se compensar a perda (PÜSCHEL, 2011).

Dessa forma, em determinadas situações, o direito brasileiro possui pontos de abertura que abrem espaço para interpretação do juiz, o que é problemático tendo em vista a politização interpretativa e o uso retórico de princípios (SCHREIBER, 2009).

Aliado a isso, a flexibilização do nexos causal e a da culpa fizeram a reparação mais acessível. Por esses motivos, a expansão reparatória por lesões a interesses extrapatrimoniais se torna cada vez mais comum.

Isto posto, o primeiro prisma pelo qual a expansão do dano ressarcível costuma ser identificado é o quantitativo. Mas ele também se dá de forma qualitativa, relacionada à tutela dos interesses existenciais da pessoa humana (SCHREIBER, 2009).

Com a erosão dos filtros da reparação e a expansão das demandas indenizáveis, abre-se espaço para a discricionariedade do magistrado para o reconhecimento dos danos ressarcíveis, fatores que contribuiriam para

a configuração da “indústria do dano”. Entretanto, não se pode dizer que ele possui existência efetiva no Brasil, pois a obtenção de lucro com uma prestação jurisdicional não é verificável.

Mais que uma preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenizações por dano moral, o que o uso do termo *indústria* anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial. Embora a preocupação seja válida, sob o ponto de vista científico, o certo é que, no Brasil ao menos, sua importância não poder ser exacerbada, já que, na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor (SCHREIBER, 2009).

Todavia, a compreensão dessa questão necessita de uma análise mais aprofundada, que não cabe nesse espaço, sobre a escassez de oferta e excesso de demanda desses serviços adjudicatórios, realizada por meio de uma análise empírica das decisões judiciais, sendo tarefa muito complexa, tendo em vista o elevado número de decisões que são proferidas em todo o território nacional (GICO JUNIOR, 2014).

Apesar disso, fazendo-se uma análise das informações disponíveis no relatório anual de 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a atividade judiciária nacional de 2018, pode-se constatar que o número de casos novos no Judiciário chegou a 28.052.965.

Segundo o relatório, o número de casos pendentes era de 78.691.031, e as taxas de congestionamento de 78,15% em primeiro grau, 51,99% em segundo grau, 48,33% nos juizados especiais, 54,71% nas turmas recursais e 40,77% nas turmas regionais de uniformização (CNJ, 2019).

Pelas informações constantes do relatório, a morosidade do Judiciário está baseada nas taxas de congestionamento que, de modo geral, eram relativamente altas. Nesse flúir, pode-se dizer que quando uma pessoa inicia uma demanda judicial, pleiteando uma indenização por danos morais, antes que essa indenização lhe promova o enriquecimento, sem adentrar na questão sobre os valores pecuniários dessas indeniza-

ções, é necessário considerar a morosidade judicial, que ocorre quando se instaura um desequilíbrio entre a demanda de serviços públicos jurisdicionais e sua oferta (GICO JUNIOR, 2014) e o que esse congestionamento proporciona.

Na esfera da Justiça Estadual, 6.318.052 (1,68%) são casos relacionados à responsabilidade civil e à indenização por dano moral, ocupando o quarto lugar entre os cinco assuntos mais demandados nesse campo. Já a segunda posição envolvia a busca por indenizações extrapatrimoniais no Direito do Consumidor, com 12.201.191 (3,25%) casos (CNJ, 2019).

Na Justiça Estadual de primeiro grau, as indenizações por dano moral, ainda que por responsabilidade do fornecedor, ou por responsabilidade civil, não ocupam nenhum dos cinco assuntos mais demandados em 2018, ou seja, os casos estavam concentrados em segundo grau (CNJ, 2019).

Sobre os Juizados Especiais, tem-se que os dois assuntos mais frequentes também se referem a indenizações por danos morais, sendo a primeira posição ocupada por demandas envolvendo responsabilidade do fornecedor para com o consumidor, com 7.940.255 (13,80%) casos, e a segunda posição é de casos de responsabilidade civil, com 3.279.917 (5,70%) (CNJ, 2019). Há uma concentração maior de casos envolvendo indenizações extrapatrimoniais nos Juizados Especiais. Talvez, isso possa ser justificado por quatro diferentes motivos: 1) celebridade, base do procedimento especial instituído pela Lei 9.099/95; 2) o segundo fator é gratuidade do acesso ao Judiciário, que abre espaço para que a busca por indenizações aumente, agravada por afirmações do senso comum de que “tudo é dano moral”; 3) a ausência de parâmetros legislativos para definir dano moral; 4) o quantitativo de advogados no Brasil, que ultrapassa a marca de 1 milhão e trezentos mil, o que cria incentivos de mercado para que os clientes ingressem com pedidos indenizatórios (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017).

Isso levou a um senso comum dos juristas de que o aumento de litigiosidade decorreria de uma “indústria do dano moral”, o que pode comprometer as legítimas pretensões indenizatórias, visto que poderiam ser menosprezadas por um senso comum de realidade factual não com-

provada (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017), concebidas sob a lógica equivocada dos clichês judiciais da ‘indústria do dano moral’ e do “mero aborrecimento” (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017).

Todavia, para adensar o problema sobre as razões de pessoas procurarem o Judiciário a fim de obterem vultosas quantias em dinheiro, seria necessária também uma análise qualitativa das demandas e suas respectivas decisões proferidas pelos magistrados e Tribunais do país, o que se mostra significativamente complexo para fins deste estudo, tendo em vista que por razões metodológicas essa investigação empírica resta comprometida.

Não obstante, é possível algumas conjecturas e chegar a diferentes questões, além das informações numerárias. De início, a Constituição de 1988 determina que o acesso ao Judiciário é um direito fundamental, podendo todos dele usufruir (art. 5º, inciso XXXV).

A fim de promover esse livre acesso são criadas diferentes políticas públicas, buscando efetivar esse direito fundamental. Trata-se de um objetivo social, na qual a sua promoção é incentivada e vista como essencial (GICO JÚNIOR, 2014).

Em contrapartida, o sistema judicial possui características que possibilitam o identificar como um recurso comum de acesso livre, sendo este chamado de comum quando é inclusivo, ou seja, não excludente (GICO JÚNIOR, 2014). Todavia, o sistema judicial, apesar de ter características de um recurso comum, também é rival, pois, apesar de ser muito difícil excluir usuários não autorizados e, por isso possuir acesso livre, quando uma pessoa o utiliza, reduz a utilização aos outros usuários (GICO JÚNIOR, 2014).

Logo, quando se pensa na promoção do acesso livre ao Judiciário, negligencia-se a sua característica de recurso rival. Quanto mais pessoas fazem uso deste recurso, mais perderá a sua utilidade para a coletividade, pois quanto mais se busca o Judiciário, menor será a sua capacidade de prestar serviços (GICO JÚNIOR, 2014). Desse modo, as políticas públicas de acesso indiscriminado ao Judiciário, quando isoladamente consideradas, podem excluir usuários marginais pela morosidade e, ao fim, podem reduzir a utilidade social do Judiciário devido à sua sobreutilização.

Em função disso, os magistrados ficam sobrecarregados, tendo que examinar ainda mais demandas, o que poderá ocasionar análises cada vez mais supérfluas, pois o tempo para tanto será cada vez mais escasso, comprometendo a qualidade das decisões e, conseqüentemente, a própria razão de existir do Judiciário (GICO JÚNIOR, 2014).

Com a morosidade, a imprevisibilidade das decisões e a perda da qualidade destas, as pessoas titulares de direitos não veem o Judiciário como um mecanismo efetivo para a resolução dos conflitos, não buscando seus serviços por motivos legítimos, ao passo que pessoas movidas por interesses socialmente indesejáveis, buscando se esquivar de suas obrigações, recorrem ao Judiciário para ganhar tempo, ou, com a imprevisibilidade das decisões, poderão até ter sua pretensão acolhida ao final (GICO JÚNIOR, 2014).

Este fenômeno se caracteriza como um problema de “seleção adversa”, onde cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações. É a antítese da função social do Judiciário (GICO JÚNIOR, 2014). Ou seja, além da demora do acesso às prestações jurisdicionais, a seleção adversa se torna um mecanismo de burla ao direito.

Analiticamente, o número de demandas envolvendo danos morais não indica uma indústria do dano moral no Brasil, mas reforça a possibilidade de congestionamento do Judiciário, de modo que não se pode estabelecer a efetividade nas resoluções dessas demandas, nem quanto tempo irão perdurar até o trânsito em julgado.

Ademais, a imprevisibilidade das decisões também não permite precisar quem terá acolhida sua pretensão. O fato de uma pessoa requerer uma prestação jurisdicional consistente numa reparação por um dano moral, sendo a possibilidade dessa pretensão amparada legalmente, não faz com que se possa presumir que ao final lhe será concedida uma reparação, pois há a possibilidade de não se comprovar o dano, por exemplo.

O reconhecimento do risco de se utilizar o Judiciário como mecanismo de postergação de cumprimento de determinada obrigação, ou de modo a esquivar-se da finalidade da prestação jurisdicional, como no caso da busca da reparação de dano por meio de uma indenização

milionária, não pode obstar o livre acesso ao judiciário. A pretensão de um direito e sua efetiva prestação são questões diferentes, e apesar do acesso à jurisdição estar sendo promovido, o serviço por ele fornecido nem sempre será efetivo.

Lado outro, Flavia Portella Püschel coordenou uma pesquisa que sustenta que os valores fixados para indenizações por danos morais não são excessivamente elevados (PÜSCHEL, 2011), o que constitui mais um argumento sobre a incidência ou não do instituto da indústria do dano moral no Brasil.

Referida pesquisa foi realizada em quinze Tribunais, cinco de cada Justiça (Estadual, Federal e Trabalho), distribuídos nas várias regiões do país. Ao se associar os resultados obtidos, tem-se que em 38% dos casos, foram atribuídos às vítimas valores inferiores a R\$ 5.000,00. Em 81% dos casos o valor da indenização foi até R\$ 24.999,00. Em apenas 3% do total dos casos as vítimas se beneficiaram com indenizações de valor superior a R\$ 100.000,00 (PÜSCHEL, 2011).

Nos Tribunais Estaduais 41% das vítimas receberam menos de R\$ 5.000,00. Em 91% dos casos o valor da indenização foi até R\$ 24.999,00. Em apenas 2% do total dos casos as vítimas receberam indenizações superiores a R\$ 100.000,00 (PÜSCHEL, 2011).

Nos Tribunais Regionais Federais, por sua vez, 60% das vítimas receberam valores menores que R\$ 5.000,00. Em 87% dos casos, as indenizações alcançaram valores de até R\$ 24.999,00. E em 3% do total dos casos as vítimas receberam valores acima de R\$ 100.000,00 (PÜSCHEL, 2011).

Por fim, nos Tribunais Regionais do Trabalho, em 16% dos casos foram atribuídas indenizações com valores inferiores a R\$ 5.000,00, e em 62% o valor chegou até R\$ 24.999,00. Além disso, em 4% do total dos casos as vítimas receberam valores acima de R\$ 100.000,00 (PÜSCHEL, 2011).

A pesquisa sustenta que na falta de critérios definidos por lei para que seja realizado o cálculo do valor de indenização de danos morais, os Tribunais estudados não fixaram condenações com valores milionários, ante a falta de uma limitação legal objetiva. Assim sendo, pode-se dizer que as indenizações, ao contrário do que por vezes é alegado, podem

ser consideradas como excessivamente baixas, considerando que poucos casos ultrapassam o montante de R\$ 100.000,00 (PÜSCHEL, 2011).

Em continuação, é possível afirmar que a indústria do dano moral, do ponto de vista quantitativo (valor das indenizações), não passa de um mito, ainda que não haja critérios legais para se auferir o cálculo das reparações por danos morais. De todo modo, não há uma produção em massa de indenizações milionárias (PÜSCHEL, 2011).

A pesquisa não responde a uma questão que parece relevante: o que se considera um valor monetário milionário, alto, não tão vultoso, baixo ou excessivamente baixo? Uma demarcação analítica dos termos é necessária para evitar distorções teórico-práticas. A título de exemplo, uma indenização de R\$ 5.000,00 pode ser valor monetário significativo para determinada pessoa e irrisória para outra.

Nesse sentido, apesar da pesquisa realizada ser um importante meio de se avaliar a existência da indústria do dano moral no Brasil, não se pode taxá-las como baixas ou altas, tendo em vista a ausência de critérios para tanto, o que torna difícil sustentar a existência de uma “indústria do dano moral” no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais decorreu de múltiplos fatores, tais como a atenção maior à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do ordenamento jurídico, bem como aos direitos fundamentais; a constitucionalização do Direito Privado, possibilitando a aplicação de normas do Código Civil por meio de uma análise menos individualista e patrimonialista; a adoção da responsabilidade civil objetiva, além da erosão dos filtros de reparação, possibilitando um aumento nas hipóteses de reconhecimento de danos morais.

A existência desses novos danos levanta questões, tanto do ponto de vista teórico como da práxis, sobre a existência de uma indústria do dano moral no Brasil por meio da qual as pessoas dispõem da titularidade de direitos e da sua valorização como pretexto para auferir elevadas indenizações como reparação de um dano sofrido, com fundamentos



como a visão substancialista da dignidade da pessoa humana para embasar pretensões mesmo sem efetiva lesão a um bem jurídico.

Ocorre que a análise se mostra muito mais complexa do que parece ser em primeiro momento. Estudos sugerem que o número de demandas envolvendo danos morais é crescente e ocupam posições significativas, conforme informações do relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Por oportuno, observe-se que as noções de produtividade e os critérios estatísticos utilizados na aferição pelo Conselho Nacional de Justiça requerem problematização no sentido que são construídas e não dadas.

Todavia, ainda que as demandas sejam muitas, deve-se analisar se as pretensões são acolhidas ou não, e quando acolhidas, se os valores monetários são efetivamente altos. Essa não é uma tarefa fácil e vai muito além das estatísticas. Requer uma análise empírica aprofundada, porém, com a quantidade de decisões proferidas constantemente pelos Tribunais, essa tarefa se mostra ainda mais desafiadora.

A pesquisa coordenada por Flavia Püschel afirma que os valores das indenizações por danos morais fixados pelo Judiciário brasileiro não são, em sua maioria, valores milionários, e sim o contrário, são excessivamente baixos, o que parece correto, mas que poderia ser melhor adensado.

Como visto, apesar da pesquisa auxiliar na investigação sobre a existência da indústria do dano moral, não oferece critérios operacionais ao debate, pois carece de fundamento para estabelecer o que seria um valor alto, ou baixo, tendo em vista os vários níveis socioeconômicos existentes no país, no qual, por vezes, o que é pouco para determinada pessoa, pode ser muito para outra.

Em outra ponta, o risco da “indústria do dano” está na utilização das indenizações como forma de punir a prática de eventuais danos para coibir futuras condutas capazes de causar lesão a direito de outrem. Para tanto, essa indenização precisaria ter um valor monetário considerável. Mas não há um posicionamento uniforme sobre tal questão, seja doutrinário, ou jurisprudencial, ou seja, a indenização como forma de punição não é algo que possa, pelo menos até então, consubstanciar uma indústria do dano moral.

Por fim, observa-se a complexidade da temática abordada. Pode-se dizer que, num primeiro momento, a indústria do dano moral poderia ser considerada um risco com a expansão de novos danos, bem como o amplo acesso ao Judiciário. Porém, o reconhecimento crescente de novos danos não necessariamente condiz a uma efetiva prestação jurisdicional, pois acesso e a efetiva prestação de serviço adjudicatório são questões distintas.

Mesmo supondo uma produção mecânica e acelerada de reconhecimento de novos danos e sua reparação por meio de altas somas indenizatórias, isso não é capaz de proporcionar o enriquecimento de uma pessoa, pois o reconhecimento de um direito não equivale à sua efetividade prática, sobretudo, levando em consideração os obstáculos da morosidade judicial e da insegurança jurídica.

Apesar de ordenamento jurídico estar pautado em normas de garantia e em preceitos como a dignidade da pessoa humana, a efetividade jurídico-social dessas normas, ao menos em âmbito judicial, pode ser considerada baixa. Pelo exposto, o reconhecimento de uma indenização de valor pecuniário alto a determinado dano extrapatrimonial parece não ser suficiente para caracterizar uma indústria do dano moral no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (org.). **Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2006. v. 5. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/citations?user=HMYxuxIAAAJ&hl=pt-BR>. Acesso em: 6 fev. 2019.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R-3z379zK3RWSR/?format=pdf&lang=pt#:~:text=A%20Ilus%-C3%A3o%20do%20Dirigismo%20Constitucional,in%C3%A-Dcio%20a%20partir%20daquele%20momento>. Acesso em: 23 set. 2022.

FRANK, Felipe; OLIVEIRA, LÍgia Ziggioi.; CORRÊA, Rafael. Indústria do dano moral? Considerações a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, 2013, ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2013.3809>. Acesso em: 23 set. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>. Acesso em: 23 set 2022.

JUSTIÇA EM NÚMEROS. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015, ISSN 1982-1921. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v9i33.155>. Acesso em: 23 set. 2022.

MEDINA, F. S. Anwendung Und Auslegung Von Recht In Portugal Und Brasilien – Eine Rechtsvergleichende Untersuchung Aus Genetischer, Funktionaler Und Postmoderner Perspektive – Zugleich Ein Plädoyer Für Mehr Savigny Und Weniger Jherin, De Benjamin Herzog. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/MEDINA-Resenha-de-Herzog.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto; COSTA, Adriano Pessoa da. Análise epistemológica da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 17-37, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/463>. Acesso em: 23 set. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006, ISSN 1516-6104. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 23 set. 2022.

PÜSCHEL, Flávia Portella (coord.) **A quantificação do dano moral no Brasil**: justiça, segurança e eficiência. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2011. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando\\_Direito1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf). Acesso em: 23 set. 2022.

QUADRO DE ADVOGADOS. Brasília. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 23 set. 2022.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054/747>. Acesso em: 23 set. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma Agenda para o Direito Civil-Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 10, p. 9-27, out./dez. 2016, ISSN 2358-6974. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/42/36>. Acesso em: 23 set. 2022.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro.

**Revista dos Tribunais online.** São Paulo: Ed. RT, v. 114, ano 26, p. 75-99, nov./dez. 2017.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **A Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 23 set. 2022.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004.

# ASPECTOS JURÍDICOS DA AÇÃO DE USUCAPIÃO NO CONTEXTO DA ENGENHARIA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, COM A AVALIAÇÃO PRÉVIA (*DUE DILIGENCE*) DE UM DETERMINADO NEGÓCIO JURÍDICO IMOBILIÁRIO

*Danielle Pereira Paiva*<sup>13</sup>

## INTRODUÇÃO

A usucapião é definida como modo original de aquisição da propriedade diante da posse prolongada e qualificada perante certos requi-

---

13 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2013); Especialização *latu sensu* em MBA em Direito Tributário oferecido pela Fundação Getúlio Vargas (2016); Especialização *latu sensu* em Relações Internacionais oferecida pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2018); Especialização *latu sensu* em Direito e Negócios Imobiliários oferecido pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2020); Especialização *latu sensu* em Direito Notarial e Registral oferecido pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2020). Experiência Profissional na área do Direito, com ênfase em Direito Tributário, Direito Imobiliário, Direito Registral e Notarial, Sucessório, Direito bancário, Regularização fundiária, Mediação extrajudicial e Conciliação.

sitos estabelecidos em lei. Tem por objetivo a consolidação da propriedade, produzindo juridicidade a uma situação de fato.

A conclusão de um processo judicial de usucapião bem-sucedido culmina na posse do imóvel, mas não necessariamente em sua legalização. Isso acontece porque a Secretaria Municipal de Urbanismo apresenta uma série de critérios mínimos para que a planta seja legalizável. Em geral, os principais critérios são a taxa de ocupação máxima, ventilação em todos os cômodos e espaçamento mínimo entre área construída e o limite do terreno.

Diante desta situação, em que um indivíduo preenche os requisitos para ganhar a propriedade de um imóvel pela usucapião (via judicial ou extrajudicial), mas não para legalizar seu imóvel diante da Secretaria Municipal de Urbanismo, como evitar ou reduzir os riscos de realização de negócios imobiliários que envolvem imóveis irregulares e ilegalizáveis? Qual é o papel do advogado e do engenheiro civil em situações como estas? Estas questões procurarão ser respondidas no decorrer deste artigo.

Diante disso, será que é preferível promover a regularização do imóvel mediante procedimento administrativo nas prefeituras locais, para se adequar às normas técnicas nelas pertinentes para depois buscar a posse do imóvel pela via judicial ou extrajudicial da usucapião? Porém, há casos de imóveis que são ilegalizáveis pelas normas técnicas do município, porém preenchem os requisitos legais para a usucapião. Dessa forma, a iniciativa pela regularização fundiária pela via judicial ou extrajudicial é mais eficaz.

Outra questão ocorre quando o indivíduo adquire imóvel de incorporadora que vende unidades imobiliárias irregulares, ou seja, estabelecem negócios imobiliários em terrenos que não obtiveram aprovação de loteamento na prefeitura local, vendem unidades imobiliárias sem ter registro de matrícula em cartórios de registros de imóveis. A este negócio de risco o adquirente deverá se precaver, de forma a ter que fazer uma pesquisa previa do imóvel que está sendo comprado para evitar problemas futuros de legalização diante dos órgãos públicos.

Nesse aspecto, o presente artigo irá trazer à tona uma temática interdisciplinar e que tem grande importância no cenário atual de nossa

cidade e de todo o país, onde a necessidade de regularização fundiária ainda é uma realidade. Assim, o estudo das Ações Judiciais e Extrajudicial de Usucapião poderá servir de ferramenta para realização de negócios jurídicos imobiliários mais eficazes na medida em que a relevância dos precedentes judiciais na prática contenciosa judicial é importante por contribuir na interpretação de casos em que é ou não possível promover a regularização fundiária.

Sabe-se que o primeiro passo para conquistar a propriedade de um imóvel é consultar um advogado para avaliar a viabilidade do processo.

Em seguida, é preciso dar início à ação frente à vara civil. Quando o processo civil é aberto, é comum que o juiz peça ao possuidor do terreno que comprove com documentos sua posse, habitação e participação no imóvel. Comprovantes de pagamento de contas podem ser critérios que evidenciem a atitude de dono do morador do terreno. Não basta que o morador apenas afirme que mora em um local há 12 ou 18 anos. Cabe a ele apresentar também provas concretas do seu histórico.

Outro documento frequentemente cobrado para legitimar o processo são plantas e desenhos arquitetônicos, que mostram a realidade do imóvel. Essas plantas são importantes para delimitar a fronteira do terreno usucapiendo, bem como as metragens e áreas do imóvel.

Diante desse cenário, busca-se apresentar quais tipos de imóveis podem ser regularizados através do processo de usucapião e também o conhecimento de situações jurídicas que afastam o reconhecimento da usucapião permite o emprego de negociação e de análise de riscos em operações imobiliárias mais eficazes, no que tange à avaliação prévia de um determinado negócio jurídico imobiliário porque é importante para investigar possíveis passivos jurídicos, financeiros e econômicos da operação de forma a mitigar a violação de direito de terceiros, como, por exemplo, eventuais credores e direitos de preferência, analisar a viabilidade jurídica e econômica das possíveis opções.

Neste ponto, é importante destacar os documentos que devem ser avaliados, a fim de verificar a regularidade do imóvel e das partes contratantes. Em relação ao imóvel, o principal documento a ser analisado é a matrícula imobiliária, principalmente porque esta traz consigo aspectos relevantes que, uma vez viciados, podem comprometer a negociação.



Dentre estes aspectos, se podem citar a descrição do bem, os direitos reais registrados sobre o imóvel, o levantamento das medidas perimetrais e especiais, dentre outros. Já em relação aos vendedores do imóvel, a avaliação necessária deve se nortear pela análise de eventuais passivos ou demandas judiciais capazes de reduzi-los à insolvência, da cadeia domínial do imóvel, dos títulos de transmissão respectivos e das procurações e atos societários, se for o caso.

Nesta senda, é fundamental extrair os instrumentos diretamente das serventias ou órgãos nos quais estão registrados/arquivados, a fim de evitar fraudes. Além da análise documental, se necessário, a vistoria *in loco* deve ser adotada, a fim de constatar eventuais irregularidades que podem não estar retratadas na matrícula imobiliária. Com essa diligência é possível constatar invasões, ocupações e divergências perimetrais que a matrícula do imóvel pode não contemplar em sua descrição.

Na medida em que o imóvel usucapiendo pode, ou não, estar registrado anteriormente, em cartórios de registros de imóveis, onde a descrição a ser inserida na matrícula será reconhecida por sentença, mesmo diversa da que anteriormente havia sido lançada, conforme diz Walter Ceneviva (2008, p. 226):

A lei de Registros Públicos adere ao conhecimento da aquisição originária, pelo usucapião. Daí ser obrigatória a descrição, que o serventuário observará preferencialmente. A própria sentença é objeto de registro, mediante mandato, satisfeitas as obrigações fiscais.

O procedimento especial de jurisdição contenciosa por meio do qual se busca o reconhecimento (declaração) da aquisição do domínio de imóvel ou servidão predial por força da usucapião ordinária artigo 1242 CC, ou extraordinária artigo 1238 CC. Sendo assim, em conformidade com o artigo 1241 do CC o possuidor do imóvel poderá requerer ao juiz que seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade do imóvel, sendo que esta declaração obtida constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Nesse sentido, os aspectos jurídicos das ações de usucapião no contexto dos negócios imobiliários da construção civil são relevantes no sentido de incutir na sociedade a necessidade de promover a regularização fundiária para o fim de realizar-se negociações seguras nas operações imobiliárias, tais como compra e venda de imóveis, sem riscos de fraudes.

## 1. FUNDAMENTOS DO DIREITO IMOBILIÁRIO

O direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal de 1988, ao dispor no artigo 5º:

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

(...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela pode penetrar, sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade.

Os incisos XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXX, XXXI também fazem referência à propriedade imobiliária. Os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 10.257, de 2001, tratou da Política urbana, enquanto os artigos 184 a 191 referem-se à Política Agrícola e Fundiária e de Reforma Agrária.

A Constituição Federal garante a todo cidadão o direito de propriedade, tornando-se inviolável, de modo que alguém só poderá entrar com autorização do morador. Essa inviolabilidade de domicílio é a maneira imediata de garantir ao cidadão a segurança pessoal e o próprio direito de propriedade.

O Direito Imobiliário estuda as regras e as relações jurídicas que envolvem a aquisição de e a perda de propriedade. Este artigo irá ater-se aos aspectos jurídicos inseridos na lógica da aquisição da propriedade pela usucapião e seus reflexos nas incorporações imobiliárias, condomínio, e principalmente na regularização fundiária. Isto se justifica porque na medida em que um imóvel está regularizado judicialmente, o possuidor-proprietário poderá estabelecer negócios jurídicos de forma mais segura.

O condomínio de lotes nos termos do artigo 1314, “caput”, do CC, encontramos que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. E, por fim, no seu parágrafo único, nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso de outros. Observa-se que determinado direito poderá pertencer a inúmeros indivíduos ao mesmo tempo, sendo que acontecerá a comunhão. Assim, se essa recair sobre em direito de propriedade, ter-se-á condomínio ou copropriedade. Dessa forma, são edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos (horizontal ou vertical), construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas aos fins residenciais ou não residenciais, e constituindo-se, de cada unidade, por propriedade autônoma nos termos da Lei Federal n° 4591, de 16 de dezembro de 1964.

Dessa forma, tem-se o condomínio de lotes quando o mesmo lote pertence a mais de uma pessoa, e todas envolvidas têm igual direito, de forma ideal, sobre o todo e cada uma de suas partes. Sendo assim, o poder jurídico é atribuído a todos na sua integralidade. Cada condômino tem assegurada uma fração, ou quota da coisa.

Tecnicamente, lote é a parcela de terra resultante do loteamento ou desmembramento, destinada à edificação ou à recreação. De acordo com o artigo 2° da Lei 6.766/79, alterado pela Lei 9.785/99, consta outra definição: considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

No mesmo dispositivo da lei, ficam estabelecidos como integrantes da infraestrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento de águas pluviais, a iluminação pública, as redes de esgoto sanitários e abastecimento de água potável, as redes de energia elétrica e domiciliar e as vias de circulação, pavimentadas ou não. Após o loteamento ou desmembramento, a gleba parcelada perde sua individualidade e gera lotes com acesso direito à via ou logradouro público. Não há, na legislação federal, limite máximo de área a ser objeto de parcelamento do solo. Tal limite, no entanto, poderá ser estabelecido pela legislação estadual ou municipal, de modo a tender às peculiaridades regionais e locais.

Dessa forma, o condomínio de lotes trata-se de condomínio edilício sem construção. Já que condomínio edilício (horizontal ou vertical) está disciplinado nos artigos 1331 a 1358 do CC e na Lei Federal nº 4591/64 (que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias). Caracteriza-se pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privativa.

O condomínio geral (voluntário ou necessário) é aquele previsto no Código Civil, mais especificamente nos seus artigos 1314 a 1330. Configura-se, em síntese, quando duas ou mais pessoas (naturais ou jurídicas) são proprietárias, simultaneamente, de um mesmo bem de raiz, cada um titulando parte, fração ou quota ideal sobre o todo. São, portanto, condôminos, devendo submeter-se às regras de utilização da coisa comum estipuladas no código civil.

Em conformidade com o artigo 1333 do código civil:

A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

O doutrinador Caio Mario da Silva Pereira esclarece que:

o caráter normativo da convenção de condomínio é pacificamente reconhecido. Sua força cogente aos condôminos, seus sucessores e sub-rogados, e eventualmente às pessoas que penetram aquele círculo fechado, representado pelo edifício, é aceita sem relutâncias (...) Os atos jurídicos, *latu sensu*, abrangem, então, várias classes como sejam: ato-regra, ato subjetivo, ato-condição, ato jurisdicional. Nesta classificação encontra guarida a convenção do condomínio, como um ato-regra, que se define como a manifestação de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar um comportamento individual. No primeiro plano do ato-regra está a lei, como expressão volitiva do grupo social. Mas no caso de um agrupamento de indivíduos elaborar um complexo de normas de conduta, com caráter cogente e feito normativo, pode-se dizer que são redigidas *regulare iuris*, com toda nitidez de normas jurídicas, deferindo entretanto da lei em que esta é um comando geral, enquanto aquelas sujeitam um agrupamento mais reduzido. Outro ponto diferencial está em que a subordinação à lei independe da anuência do subordinado, enquanto que as outras disciplinam o comportamento de quantos voluntariamente integram aquele agrupamento ou de uma dada situação. Estas normas são, pois, uma fonte formal do direito, têm força obrigatória, e o direito que destarte se constitui é chamado de estatutário, ou corporativo. Seu fundamento contratualista, outrora admitido, hoje perdeu terreno, porque sua força coercitiva ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição, para abraçar qualquer indivíduo que, por ingressar no agrupamento ou penetrar na esfera jurídica de irradiação das normas particulares, recebe os seus efeitos em caráter permanente ou temporário (PEREIRA, 2015, p. 129 a 131).

A Regularização Fundiária Urbana de acordo com a Lei 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

Esta lei dispõe que os objetivos da regularização fundiária é: identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda; estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Nesse sentido, para fins desta lei, núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural; núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização; núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município; demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos

imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município; Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos; legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse; legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb; ocupante: aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais.

Diante disso, a ação de usucapião contribui para a efetivação da regularização fundiária nos ditames da Lei 13.465/2017, por corroborar com os objetivos da mesma, na medida em que atribui ao possuidor o reconhecimento da aquisição originária da propriedade. Da mesma forma que a usucapião judicial ou extrajudicial de condomínio de lotes deverá respeitar a legislação municipal para verificar as dimensões da área usucapível, se é a permitida dentro dos padrões dos órgãos públicos municipais.

Da mesma forma ocorre quando se observa que o requerente da ação de usucapião pretende usucapir áreas protegidas pelo direito ambiental. O meio ambiente está previsto pela primeira vez em nossa Constituição Federal, no artigo 225, §1º e revela a importância à questão, já que há algum tempo preocupa a população mundial. Antes de ser assunto local, a questão ambiental é de complexidade mundial, obrigando que as nações optem por um sistema normativo e fiscalizatório eficiente.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto neste artigo, diferentemente do que ocorre com os outros direitos individuais e sociais, não nasce de uma reação social nem de um status, mas

da valorização da pessoa humana e da consciência de que não havendo meio ambiente, não haverá vida.

O problema ambiental se funda no excessivo consumo dos recursos naturais por uma pequena parcela da humanidade e no desperdício e na produção de artigos inúteis e nefastos à qualidade de vida. No entanto, para que o homem percebesse isso, foram necessários: contaminação das águas, envenenamento dos solos, urbanização de regiões ecologicamente frágeis, chuvas ácidas, efeito estufa, entre outros desastres, decorrentes da ação antrópica, que causaram e causam o desequilíbrio ecológico.

O legislador contribuinte, cômico da necessidade de proteção ao meio ambiente, estabeleceu neste artigo que a vida depende do meio ambiente equilibrado, que o homem pode extrair dele somente aquilo que for necessário à sua sobrevivência, entretanto, tem de fazê-lo de forma a permitir que os outros homens de sua geração e das gerações futuras possam ter o mesmo acesso.

Por intermédio da interpretação do parágrafo primeiro deste mesmo artigo, notamos que para garantir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja integralmente cumprido, ou seja, atinja os efeitos desejados, o constituinte incumbiu ao Poder Público uma série de ações necessárias a essa finalidade.

Dessa forma, para o princípio da proteção, depreendido da leitura do artigo 225, §1º e inciso IV da CF/88, o legislador preocupado com a degradação do meio ambiente criou este preceito constitucional exigindo que se faça estudo prévio do impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. Deve-se compreender impacto ambiental como qualquer degradação ou alteração do meio ambiente.

O estudo prévio de impacto ambiental (Eipa) é um procedimento público e, portanto, é imprescindível a participação desde o início de um órgão público ambiental. Ele é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9º, III, da Lei n. 6.938/81), seu objetivo é avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento possa causar ao meio ambiente, sua atuação é, portanto, preventiva e sua caracterização principal é emitir um juízo de valor, isto é, uma avaliação favorável ou desfavorável ao projeto analisado.



Esse estudo deve ser feito antes de iniciada a obra ou atividade, por isso, denomina-se estudo prévio, entretanto, nada impede que a cada licenciamento da atividade seja exigido um novo estudo. O constituinte, além de exigir que se faça esse estudo prévio, determinou que sobre ele deverá ser dada publicidade. Muito oportuna essa exigência do legislador, posto que um dos princípios que norteia o direito ambiental é a publicidade (ou informação). O princípio da publicidade encontra-se destacado no artigo 37 da Constituição Federal e funciona como um dos pressupostos da democracia.

A Declaração do Rio de Janeiro de 92 estabelece em seu Princípio 10 que “no nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosos em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões”. Desse modo, a informação é imprescindível para o processo de educação de cada pessoa e de cada sociedade, o que, de certo modo, contribui para a efetividade do mandamento constitucional previsto no inciso IV, do artigo sob o comento, a promoção da educação ambiental.

Diante da informação, o indivíduo tem a oportunidade de formar opinião e saber se posicionar frente a projetos que possam causar danos ao meio ambiente. Ademais, a participação popular é necessária e coerente, já que o bem envolvido é o meio ambiente de uso comum do povo (“caput” artigo 225).

A lei da multipropriedade, Lei 13.777/2018, disciplina sobre regime jurídico da multipropriedade e seu registro. O código Civil sofreu influência desta lei em seu artigo 1358-CC:

Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. Parágrafo único. A multipropriedade não se extinguirá automaticamente se todas as frações de tempo forem do mesmo multiproprietário.

Art. 1.358-D. O imóvel objeto da multipropriedade: I - é indivisível, não se sujeitando a ação de divisão ou de extinção de condomínio; II - inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo.

Art. 1.358-E. Cada fração de tempo é indivisível.

Dessa forma, o regime da multipropriedade é de regime condomínio em que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Assim como nenhum condômino poderá alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros. Observa-se que o direito poderá pertencer a inúmeros indivíduos ao mesmo tempo, sendo que acontecerá a comunhão. Assim, se essa recair sobre um direito de propriedade, ter-se-á condomínio ou copropriedade.

## 2. NEGOCIAÇÕES E ANÁLISE DE RISCOS EM OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Os negócios jurídicos imobiliários podem não estar regulamentados por leis ou podem não ter sido alvo de aprovação pelos entes públicos municipais, estaduais e federais, e dessa forma, realizar a avaliação prévia contribui para evitar perdas econômicas dos envolvidos, assim representa uma garantia para a consecução dos negócios buscando ver sua viabilidade econômica, função social e legalidade.

Os três requisitos básicos para a configuração da responsabilidade civil são: A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco.

A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927), e se ela não cum-

prir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC art. 389). Mas o dever de repara pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese que se desvinculam o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando-se a responsabilidade nela fundada para o risco.

A ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima por ato omissivo ou comissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão. E, além disso, o dano moral é cumulável com o patrimonial.

O nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Será necessária a inexistência de causa excludente de responsabilidade, como, por exemplo, a ausência de força maior, de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima.

Realmente não haverá a relação de causalidade se o evento se deu, por exemplo, por culpa exclusiva da vítima; por culpa concorrente da vítima, caso em que a indenização é devida por metade ou diminuída proporcionalmente; por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou por caso fortuito (CC, artigo 393), cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade. O mesmo se houver a cláusula de não indenizar, que, em alguns casos, é nula (CC, art. 734, 2ª parte).

Conforme o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 4.591/1964, a incorporação imobiliária é “atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

O incorporador, de acordo com o artigo 29 da mesma lei, é a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terrenos, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção, sob o regime

condominial, ou que meramente aceite proposta para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras construídas.

O incorporador, por força de lei, tem a obrigação de entregar o prédio de acordo com o projeto de construção e o memorial descritivo. Assume, portanto, a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam. Quem contrata uma incorporação tem que guardar fidelidade ao prometido, e não pode, unilateralmente, fugir dos termos avençados.

O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. O incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Trata-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, sendo assim, responde o incorporador, pois é ele quem figura no polo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas.

Em nada altera esta conclusão o fato de ter sido a construção cometida ao construtor. O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responsável também os construtores, porque é o causador direto do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva.

Pondere-se, ainda, que o fim do contrato de incorporação é a edificação, e esta pertence, real e efetivamente, aos adquirentes de unidades autônomas e ao condomínio. Tanto é assim que, se a obra não é executada a contento, ou completamente, quem sofre os prejuízos, direta e imediatamente, são os adquirentes das unidades autônomas, e não o incorporador.

Dessa forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais faz que lhe estender a sua obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção. O incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor.

A incorporação imobiliária é registrada na matriz, após o registro da instituição de condomínio e das atribuições de unidades autônomas, se houver, e será informada por averbação nas matrículas das unidades autônomas.

A incorporação imobiliária, como já observado acima, é uma atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, das edificações, ou conjunto de edificações, compostas de unidades autônomas em construção.

O instituto surgiu através dos condomínios edilícios, os quais foram criados a partir da necessidade de melhor aproveitamento do solo, em razão do desenfreado crescimento populacional, escassez e carestia de terrenos para a construção de moradias para a demanda populacional. Por seu meio se viabiliza a alienação das unidades autônomas da edificação que ainda estão pendentes de construção, podendo inclusive operar-se suas vendas na “planta”. Seu registro é lançado na matriz logo após o registro da instituição de condomínio e das atribuições de unidades autônomas, se houver, e informada por averbação nas matrículas das unidades autônomas.

São requisitos do registro da incorporação, além de outros previstos em lei, o registro da instituição e da convenção de condomínio e a apresentação do memorial de incorporação acompanhados dos documentos a ele inerentes.

Somente após o registro da incorporação, feito dentro das normas previstas na legislação em vigor (Leis 4.591/1964 e 6.015/1973), são aceitos e examinados os pedidos de registro ou averbação dos atos negociais do incorporador sobre as unidades autônomas ao mesmo integradas (artigos 963 e 964, CNMG).

Após o registro, começa a fluir o denominado prazo de carência no qual, em até 180 (cento e oitenta) dias, pode o incorporador formular declaração expressa de desistência da realização de obra, protocolada no Ofício de Registro de Imóveis respectivo, indicando o motivo e solicitando o cancelamento do registro da incorporação imobiliária, na forma do artigo 34 da Lei 4.591, de 1964.

Para o cancelamento do registro, não é necessário comprovar anuência ou comunicação dos adquirentes, caso existentes. Diferentemente, o

cancelamento do registro da incorporação após o prazo de carência feito a requerimento do incorporador e, desde que alguma unidade tiver sido objeto de negociação registrada, ficará também condicionado à anuência dos compromissários ou cessionários. Cabe ao incorporador declarar no memorial, de forma expressa, a qual regime está submetida a incorporação.

O regime de preço global, na forma dos artigos 41 a 43 da Lei 4591, de 1964, podendo o incorporador, no decorrer das obras, promover a alienação das “unidades autônomas futuras”, a preço fixo ou reajustável, em índices previamente determinados, englobando, na alienação, a respectiva fração ideal de terreno, sendo, no entanto, de sua inteira responsabilidade o encargo da construção até a conclusão, incluindo o registro de “baixa e habite-se”.

O regime de empreitada, na forma dos artigos 55 a 57 da Lei 4.591, de 1964, podendo a incorporadora, no decorrer das obras, promover a alienação de frações ideais vinculadas à construção por empreitada em valores preestabelecidos, podendo ser reajustável por índices previamente determinados, sendo, no entanto, de sua inteira responsabilidade o risco da construção até a conclusão, incluindo o registro de “baixa e habite-se”.

O regime de administração, na forma dos artigos 58 a 62 da Lei 4591, de 1964, diz que a incorporadora pode, no decorrer das obras, promover a alienação de frações ideais vinculadas à contratação de construção por administração “a preço de custo”, conforme valores estimados, assumindo os adquirentes a responsabilidade pelo pagamento do custo integral da construção que vier a ser apurado ao longo da obra, até a conclusão.

Além de outros requisitos previstos em lei, reputa-se pressupostos para o registro da incorporação o registro da instituição e da convenção de condomínios e a apresentação do memorial de incorporação acompanhados dos documentos acima elencados.

Somente após o registro da incorporação, feito de acordo com as normas previstas na legislação em vigor (Lei 4591/1964 e lei de registros públicos) serão aceitos e examinados os pedidos de registro ou averbação dos atos negociais do incorporador sobre unidades autônomas.

Em conclusão, nas incorporações de imóveis, respondem solidariamente pelos defeitos da construção o incorporador e o construtor. O primeiro por ser o contratante; o segundo, não só em razão da garantia legal imposta por questão de ordem pública, mas também por ser substituto do incorporador na execução do contrato de construção. Têm legitimidade para reclamar o ressarcimento os condôminos, em relação aos defeitos que se apresentarem em suas respectivas unidades, o condomínio, no que respeita aos defeitos verificados nas partes comuns.

Visto isso, pode-se dizer que em regra a responsabilidade civil nas incorporações imobiliárias é objetiva, visto que o incorporador / construtor é um fornecedor de serviços ou produtos (artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor). Quando ele vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma obrigação de dar coisa certa, e isso é da essência do conceito de produto; quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada, quer por administração, assume uma obrigação de fazer, o que se ajusta ao conceito de serviço.

E sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, a responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.

A ação revisional de contrato de financiamento de compra de unidade imobiliária, realizado diretamente com a incorporadora, tem por objetivo reduzir ou eliminar o saldo devedor, promover a modificação de valores das parcelas vincendas, em atraso ou até mesmo o recebimento de valores que foram pagos indevidamente, se já quitou e tem menos de 5 anos. Dessa forma, é cabível ação para pleitear a revisão de taxas e índices de correção, aplicáveis sobre o saldo devedor, que oneram a prestação.

Visando a igualdade contratual entre os contratantes, busca-se a revisão da avença celebrada, com fulcro no artigo 6º, inciso V da Lei 8078/90, que dispõe: “(...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Vê-se que o Princípio Pacta Sunt Servanda, consagrado no Direito Civil, é relativizado, não sendo óbice à exclusão de cláusulas contratuais abusivas, estando, portanto, ultrapassada a ideia de que o contrato não estaria submetido a uma possível revisão.

Quando da celebração do negócio jurídico, o consumidor deposita sua confiança na incorporadora da unidade imobiliária, por exemplo, acreditando na legalidade dos encargos que lhe estavam sendo exigidos. Entretanto, se a incorporadora se aproveitou da confiança que lhe foi depositada, haja vista que na realidade as contraprestações embutem taxas de juros e encargos exorbitantes, descambando para o enriquecimento sem causa da instituição financeira, é possível promover tal ação.

Sendo assim, observa-se que a revisão contratual ocorreu por fato superveniente no Código de Defesa do Consumidor, que gerou o desequilíbrio, em que a simples onerosidade excessiva enseja a revisão de taxas e índices de correção, aplicáveis ao saldo devedor, vislumbrando-se um contrato amparado na teoria da equidade contratual ou na teoria da base objetiva do negócio jurídico, concebidas diante da tendência de socialização do Direito Privado, pela valorização da dignidade da pessoa humana, pela solidariedade social e pela igualdade material que deve estar presente nos negócios jurídicos em geral.

Essa ideia também está amparada no que consta no artigo 170, VII, da Carta Política Fundamental, qual seja, busca da justiça social, um dos princípios gerais da atividade econômica.

Dessa forma, deverão ser observadas as seguintes formalidades na petição inicial deste tipo de ação quanto ao valor incontroverso: deverá ser requerido que a incorporadora da unidade imobiliária seja condenada a restituir ao consumidor os valores pagos indevidamente por valor igual ao dobro do que este pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, nos termos do artigo 42, § único da Lei 8078/90; deverá ser anexado nos autos um laudo pericial técnico realizado por



especialista habilitado na área, sendo composto por planilhas financeiras e um relato procurando demonstrar apuração de haveres e abusos cometidos pela incorporadora, caso o requerente da ação judicial não tenha condições de arcar com as despesas para pagar o perito especialista para realizar tal laudo, deverá requerer em petição inicial, formulando-se o pedido de produção de prova pericial, a fim de comprovar fatos constitutivos do direito do consumidor requerente, porquanto se trata de ônus processual desse (CPC, art. 373, inc. I). O laudo é um meio de prova utilizado pelos Juízes para proferirem uma sentença, podendo aceitá-lo integral ou parcialmente. Deverá também requerer que seja julgado procedente o pedido de revisão da relação contratual e consequente redução da taxa de juros aplicada e declaração de nulidade das cláusulas abusivas, com fulcro nos artigos 51, inciso IV e 53 do CDC.

A petição inicial deverá ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, conforme o estabelecido no artigo 320 do CPC/2015, que no caso em tela é a cópia do contrato de compra e venda da unidade imobiliária com a incorporadora, e se possível um laudo pericial, elaborado por especialista para justificar a abusividade da onerosidade excessiva e fundamentações que justifiquem que devam ser feitos a revisão de taxas e índices de correção, aplicáveis sobre o saldo devedor.

No parágrafo segundo do artigo 330 do CPC fica claro que a exigência de discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que o autor pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito, aplica-se às ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens.

E mais importante, afasta qualquer dúvida sobre a consequência do desrespeito a essa exigência: o indeferimento da petição inicial. Acredito que seja mais uma hipótese de vício sanável pela emenda da petição inicial, tendo exagerado o legislador ao incluí-la como causa de indeferimento. Nos termos do parágrafo terceiro do mesmo artigo, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e no modo contratados.

Conforme o artigo 321 do CPC, parágrafo único, se o autor não cumprir a diligência, o juiz poderá indeferir a petição inicial. Em ra-

ção do caráter instrumentalista que norteia o processo civil moderno, a emenda – ou complementação – da petição inicial, prevista no artigo 321 do CPC, ganha cada vez mais espaço e importância.

Defende-se que, sempre que for possível, a escolha entre a emenda da petição inicial e seu indeferimento, deve o juiz optar pelo primeiro caminho, reservando-se o indeferimento da petição inicial a situações de fato absolutamente impossíveis de serem saneadas ou corrigidas.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem entendimento de que a emenda da petição inicial é um direito do autor, não podendo o juiz indeferir a petição inicial antes de oportunizar ao autor seu saneamento, sempre que isso se mostrar possível no caso concreto (STJ, 4ª Turma, REsp 1.143.968/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/02/2013, DJe 01/07/2013; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.089.211/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 16/12/2010, DJe 21/02/2011).

### 3. USUCAPIÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

A origem do usucapião vem da tradição romana do “*animus domini*”, ou seja, tomar posse com ânimo de dono. A ideia é assegurar que pessoas que compraram imóveis garantam sua propriedade mesmo não havendo documentação formal da compra.

Um processo de usucapião (ou usucapiendo) é uma ação jurídica que visa clamar a propriedade de um terreno em casos em que há posse de um imóvel. Esse procedimento pode acontecer em diversas categorias, sendo as mais comuns a usucapião ordinária e a usucapião extraordinária, ambas previstas no Código Civil Brasileiro.

A medida judicial possibilita a regularização de imóveis rurais e urbanos, geralmente irregulares por estarem nas seguintes situações: imóveis adquiridos há muitos anos, por contrato particular, de pessoas falecidas ou desaparecidas; imóveis adquiridos há muitos anos, por contrato particular, de empresas que não existem mais; imóveis deixados por herança, mas sem inventário; imóveis adquiridos apenas com recibos de pagamento; imóveis adquiridos sem contrato escrito (contrato verbal); imóveis adquiridos por doação não formalizada; imóveis adquiridos por abandono do proprietário; imóveis adquiridos pelo exercício da posse de sobra de área de loteamento.

As providências a serem tomadas pelo advogado e pelo requerente da ação de usucapião é descobrir a natureza do bem, ou seja, constatar se trata-se de propriedade particular, pois a lei impede usucapião sobre bens públicos, descobrir se a propriedade é particular é a primeira medida a ser tomada, antes de ingressar com a demanda; a posse deverá ser exercida sem interrupção, sem oposição, o que poderá ser comprovada através de certidões do distribuidor cível, expedidas pelo fórum de competência do imóvel. Verificar ainda a ocorrência da vontade de ser dono.

Quanto à vontade de ser dono, vale ressaltar que algumas situações jurídicas afastam o reconhecimento do usucapião: inquilino – locatário; caseiro; comodatário (quem recebeu a posse por empréstimo); compromitente comprador inadimplente por exercerem a posse sob determinadas condições.

Há diferença entre possuidor do imóvel (ocupante), podendo ser denominado de usurpador, que preencheu os requisitos legais para obter a posse do imóvel pela usucapião e o proprietário negligente, caracterizado como aquele que deixou que o possuidor adquirisse o domínio pela **prescrição aquisitiva** (termo jurídico que significa usucapião).

Nesses aspectos ocorre uma disputa pelo imóvel entre o possuidor do imóvel e o proprietário negligente, que pretender promover a reintegração da posse. Neste caso, aduz o artigo 561 do Novo CPC que incumbe ao autor provar: sua posse; a turbção ou esbulho praticado pelo réu; a data do ato de agressão à posse; continuação da posse turbada ou perda da posse esbulhada.

Para parcela da doutrina, trata-se de requisitos formais específicos da petição inicial das ações possessórias, mas não parece ser esse o melhor entendimento. Os requisitos em conjunto se prestam a fundamentar a pretensão possessória do autor e quando documentalmente comprovados – ainda que mediante uma cognição sumária – se prestam à concessão de liminar prevista no artigo 562, “caput” do novo CPC.

A previsão da liminar no artigo 562, “caput” do Novo CPC, informa que estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá inaudita altera partes a medida liminar, consubstanciada na expedição de mando de manutenção ou reintegração de posse, conforme o caso. Existe uma divergência doutrinária a respeito da possibilidade de o juiz

conceder a medida liminar de ofício ou somente mediante pedido expresso do autor. O melhor entendimento é aquele que exige o pedido expresso do autor, priorizando o princípio dispositivo, até mesmo porque, tendo natureza de tutela de urgência satisfativa, deve-se aplicar por analogia o raciocínio quanto à impossibilidade de concessão oficiosa da tutela antecipada.

A liminar será concedida sempre que dois requisitos forem preenchidos no caso concreto, sendo dispensada no caso sub judice a demonstração do *periculum in mora*: demonstração de que o ato de agressão à posse deu-se há menos de ano e dia, e instrução da petição inicial que, em cognição sumária do juiz, permita a formação de convencimento de que há probabilidade de autor ter direito à tutela jurisdicional.

O artigo 562, “caput”, do novo CPC, ao exigir a devida instrução de petição inicial para a concessão de liminar, aponta para a necessidade de juntada de prova documental ou documentada (como provas orais emprestadas) apta a formar o juízo de probabilidade exigido para a concessão das tutelas de urgências. A doutrina rejeita declarações de terceiros descrevendo a situação possessória como documento apto a ensejar a concessão de liminar, considerando que tal conduta representa um desvio inadmissível das garantias que cercam a produção de prova oral em juízo.

A tutela da posse desenvolve-se por meio de três diferentes espécies de ações, chamadas de interdito possessórios: reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório. Quando a demanda visar sobre o domínio da coisa, terá natureza petítória, não se aplicando a ela as regras previstas no procedimento especial das ações possessórias. Como bem asseverado pela melhor doutrina, a característica da ação possessória é a tutela de um possuidor contra um fato que ofenda a sua posse, de forma que são excluídas do âmbito das ações possessórias as demandas em que se alegue a existência de relação jurídica que dê ao autor direito à posse, tais como a imissão na posse e ação de nunciação de obra nova. Os embargos de terceiros tutelam a posse, mas nesse caso, a ofensa deriva de ato judicial, o que é suficiente para distinção entre essa e as ações possessórias.

A ação possessória adequada ao caso concreto depende da espécie de agressão cometida pelo sujeito que deve figurar no polo passivo da demanda. Ocorrendo o esbulho, entendido como a perda da posse, caberá a ação de reintegração de posse; ocorrendo a turbação, entendida como a perda parcial da posse (limitações em seu pleno exercício), caberá a manutenção na posse; ocorrendo a ameaça efetiva ofensa à posse, caberá o interdito proibitório. Nem sempre é fácil a distinção entre as diferentes espécies de moléstia à posse, em especial entre o esbulho e a turbação, o que, entretanto, não gera problemas concretos em virtude da fungibilidade das tutelas possessórias previstas no artigo 554 do CPC.

Porém, a usucapião, por ser definida como modo original de aquisição da propriedade diante da posse prolongada e qualificada perante certos requisitos estabelecidos em lei, permite que haja a consolidação da propriedade, produzindo juridicidade a uma situação de fato, pelo possuidor do imóvel, em detrimento do proprietário negligente, por exemplo, ou de qualquer possuidor que tenha preenchido as condições legais das espécies de usucapião.

Ação de usucapião exhibe natureza declaratória, declara o domínio da coisa e o pedido formulado, direcionado a uma sentença que lhe declare o domínio para regularizar o domínio junto ao registro imobiliário competente.

Dessa forma, o objetivo da ação é alcançar a função social da propriedade. É irrelevante, do ponto de vista da força geradora inerente ao usucapião, a existência ou não do direito anterior, tanto que a sentença de procedência não atribui domínio ao interessado, mas apenas o reconhece desde o momento que a posse *ad uscaptionem* teve início.

O modo original de aquisição da propriedade é aquele em que não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito. Não se funda o direito do usucapiente sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, menos ainda lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão.

Sendo assim, a ação de usucapião apresenta caráter duplo, ou seja, ao mesmo tempo que o possuidor adquire o domínio da coisa, o proprietário negligente a perde. Já que o possuidor não pode esperar, por longo

tempo, para adquirir o domínio pela prescrição aquisitiva; do contrário, seria beneficiado o proprietário negligente.

Quanto às modalidades de usucapião há Usucapião Familiar, sendo a modalidade em que dá ao cônjuge que saiu do lar perder o direito à propriedade do imóvel, conforme a Lei 12.424, de junho de 2011 (que acrescentou o artigo 1240-A do Código Civil), apresentando como requisitos: prazo de 2 anos ininterruptos e sem oposição, com exclusividade; Imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar; utilizando-o para sua moradia ou de sua família; Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Usucapião Ordinário que possui os requisitos: posse com âmbito de dono; Posse pacífica e sem oposição do proprietário; Justo título (contrato de venda e compra); Posse pacífica e contínua pelo menos por 10 anos, o prazo será reduzido para 5 anos, no caso do bem ser utilizado para moradia do possuidor ou se ele realizou benfeitorias no imóvel.

Usucapião extraordinário que possui os requisitos: não há necessidade de justo título (contrato de venda e compra); não há presunção de boa-fé; posse não violenta e sem oposição; posse do imóvel por 15 anos ininterruptos, sendo reduzido para 10 anos no caso de o possuidor utilizar o bem para sua moradia ou se realizou benfeitorias.

Usucapião Especial Urbano que possui os requisitos: não ter outro imóvel urbano ou rural; não há exigência de Justo Título; posse deve ser ininterrupta, destinada para sua moradia e de sua família; o imóvel não poderá ultrapassar a área de 250 m<sup>2</sup>.

Para ilustrar a situação de usucapião no caso concreto será apresentada uma situação hipotética em que um determinado imóvel, objeto de ação da usucapião, consiste em parte de um lote, sendo adquirido pelo requerente da ação em 1º de novembro de 2010, mediante contrato de compromisso de compra e venda. O requerente exerce a posse mansa, pacífica e sem interrupção de parte do terreno em questão por aproximadamente 8 anos, do imóvel no qual reside.

O imóvel constitui-se em fração de um lote, representado pela casa n°2, com endereço na Rua Y, n° 5, Bairro H, na cidade de Juiz de Fora,

Minas Gerais, estando o imóvel usucapiendo localizado na área urbana com extensão de 42,08m<sup>2</sup>.

O Requerente declara que reside neste imóvel desde 05 de novembro de 2009 e que possui somente esta casa onde mora, para uso próprio, conforme declaração feita a próprio punho, com assinatura com firma reconhecida em cartório.

O requerente contratou os serviços de uma determinada engenheira para elaborar material para caracterização do imóvel, representado pelo levantamento planimétrico, memorial descritivo e fotografias da área interna e externa do imóvel, para fins de Usucapião. Além disso, juntou no processo certidões emitidas pelos três cartórios de registros de imóveis em que não constaram INDICADOR REAL, a partir de julho de 1971 até a presente data, qualquer lançamento, referente à casa n° 2, objeto da ação de usucapião.

Observa-se em documentações do referido processo que apesar de ter sido realizada a compra e venda do imóvel, tal ato não foi levado a registro, permanecendo o imóvel em nome da antecessora na posse, conforme consta na matrícula, não havendo menção sobre a venda de uma fração ideal do lote, correspondente à Casa 02, para o autor.

O requerente nunca sofreu qualquer tipo de contestação ou impugnação por parte de quem quer que seja, sendo, portanto, a sua posse, mansa, pacífica e ininterrupta, desde que possui o imóvel, agiu como se fosse o próprio dono, com “animus domini”.

O requerente anexou no processo Certidão Vintenária Negativa, em nome do requerente, certificando que o mesmo não consta nem como autor ou réu, nos registros de distribuição de ações possessórias, de ações petítórias e de outras ações que versem sobre posse e/ou propriedade, distribuídas nos últimos 20 anos na comarca de Juiz de Fora.

Através de Nome completo e CPF do requerente foi realizada uma busca de bens no registro de imóvel nos três cartórios de Registro de imóveis desta comarca e o resultado foi a obtenção de Certidão Negativa de Indicador Pessoal, dessa forma, comprava-se a inexistência de imóveis em nome do autor, sendo assim, o mesmo não foi ou é proprietário ou titular de direitos reais nos três cartórios de Registros de Imóveis.

Destarte, estão corretamente configurados todos os requisitos legais da usucapião constitucional urbana, prevista no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual vale-se o autor do Poder Judiciário para que, ao final da presente ação, seja ela declarada o domínio sobre o imóvel, regularizando a propriedade através do procedimento da usucapião.

Mediante o exposto acima, garante o artigo 183 da CF e artigo 1240 do CC que adquirirá a propriedade do imóvel, mediante usucapião especial urbana, a situação fática que apresentar o liame de alguns elementos fundamentais, quais sejam: imóvel urbano com extensão até de 250 metros quadrados; exercício da posse sobre esse imóvel sem oposição e ininterrupta pelo lapso temporal de 05 anos; imóvel utilizado para fins de moradia; possuidor não ser proprietário de nenhum outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

A jurisprudência anuncia os requisitos da usucapião especial urbana, conforme julgado do TJ/MS:

TJ/MS-Apeação APL 0061530820098120001 MS 0061530-80.2009.8.12.0001 (TJ-MS). Data de Publicação: 19/06/2015.

Ementa: EMENTA APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA-COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 1240 DO CÓDIGO CIVIL -LAPSO TEMPORAL DE 05 ANOS-CONJUNTO PROBATÓRIO-POSSE PACÍFICA- AÇÕES INTENTADAS EM FACE DE TERCEIROS NÃO INTERROMPE O FLUXO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA-RECURSO DESPROVIDO. A usucapião especial

urbana é conferida àquele que possuir com sua, área urbana de até 250 m<sup>2</sup>, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Assim, sendo implementados tais requisitos, é de rigor a declaração da prescrição aquisitiva. A existência de ações em face de terceiros não é suficiente para interromper o fluxo da prescrição consumativa, ainda mais quando a possuidora delas não participou.



A jurisprudência igualmente é transparente quanto à apreciação do *animus domini*, conforme decisão do TJ/MG:

TJ/MG: Número do processo: 2.0000.00.490110-6/0001.  
Relator: IRMARFERREIRACAMPOS; Data do Acórdão:  
08/09/2005. Data da publicação:

14/10/2005). USUCAPIÃO ESPECIAL-REQUISITOS-  
-ART.183 DA CF-ANIMUS DOMINI-AUSÊNCIA DE  
COMPROVAÇÃO-SENTENÇA MANTIDA. Para fazer

jus à aquisição da propriedade por usucapião especial, indispensável a comprovação da existência do *animus domini*.

Ao considerar, hipoteticamente, que um determinado imóvel usucapiendo, com área de 42,08 m<sup>2</sup>, esteja inserida no terreno com dimensões de 12,00 x 29,00 m, representando uma área de 348 m<sup>2</sup>.

Nesta situação, as condições para a usucapião estão presentes, pois o autor ocupou com ânimo de dono uma parte habitacional do terreno, de até 250 metros quadrados, acima do prazo legal exigido de cinco anos. Embora a metragem total do terreno supere o limite regulamentar de 250 metros quadrados, o autor poderá usucapir a área de 42,08 metros quadrados que ocupa, na medida em que a lei constitucional não estipula metragem mínima.

A Lei n<sup>o</sup> 6908, que dispõe sobre o parcelamento do solo no município de Juiz de Fora, Minas Gerais, em seu artigo 8<sup>o</sup> preleciona:

Art. 8<sup>o</sup> É vedado o parcelamento de lotes originários de loteamentos ou desmembramentos, do qual resultem outros com área ou testada inferiores às respectivas dimensões mínimas, estabelecidas de acordo com o modelo de parcelamento mais restritivo aplicável na unidade territorial de que faz parte, de acordo com a Lei de Uso e Ocupação do Solo.

Parágrafo Único - Nos casos de urbanização específica de interesse social promovida pelo Poder Público, a Prefeitura poderá admitir lotes com área inferior a 125m (cento e vinte e cinco metros quadrados), não se aplicando a estes casos as dimensões

mínimas previstas no modelo de parcelamento admitido na respectiva unidade territorial.

Dessa forma, a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade não impõem limite mínimo de área a ser usucapida, somente a área máxima de 250 m<sup>2</sup>, justamente porque qualquer outra ressalva poderia obstar o acesso ao direito à moradia. Este preceito está de acordo com o conceito de Usucapião, que é forma de aquisição originária da propriedade, bem como de regularização de áreas ocupadas irregularmente.

Nesse sentido, a modalidade de aquisição de propriedade imobiliária prevista na constituição fora prevista como forma de permitir o acesso dos mais humildes a melhores condições de moradia, perquirido no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo o bem-estar dos habitantes, assegurando a plenitude do desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Desta feita, consoante o fato de que a lei federal legisla sobre normas gerais, por sua vez a Lei nº 6766/79, que dispõe sobre parcelamento de solo urbano, impôs um limite mínimo de 125 m<sup>2</sup> de módulo urbano a ser parcelado, sendo salutar que, por ser uma norma de eficácia contida, poderá sofrer limitações quando expressamente previstas na norma em razão da proporcionalidade e razoabilidade. Este entendimento está de acordo com o Recurso Extraordinário 422.349 do Rio Grande do Sul:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Usucapião Especial Urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo artigo 183 da Constituição Federal. Pedido Indeferido com em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. Usucapião Especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia de um direito constitucionalmente assegurado. Recurso Provido. 1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado com área de 360 m<sup>2</sup>. Pretensão da parte autora usucapir 225 m<sup>2</sup>, destacada de um todo maior, dividida em comosse. 2. Não é o caso de declaração

de inconstitucionalidade de norma municipal. 3 Tese aprovada: preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado pelo legislador infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote). 4. Recurso extraordinário provido (STF-RE:422349 RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data do julgamento: 29/04/2015. Tribunal Pleno, Data da Publicação: 05/08/2015).

Embora o terreno ultrapasse o tamanho de 250 m<sup>2</sup>, ou seja, o terreno mede 348 m<sup>2</sup>, o autor não é dono integral do terreno, por haver outras edificações neste terreno e por deter apenas uma fração ideal do lote, que corresponde à edificação.

A área correspondente ao imóvel usucapiendo é de 42,08 m<sup>2</sup>, e o requerente, que é possuidor desde que entrou no imóvel, agiu como se fosse o próprio dono, tendo nele estabelecido moradia sua.

Insta salientar que o possuidor não é proprietário de nenhum outro imóvel, seja ele rural ou urbano. Dessa forma, estando presentes todos os requisitos legais exigidos, o requerente faz jus à ação de usucapião pretendida por ele.

As causas impeditivas e suspensivas da prescrição são as mesmas, dependendo, todavia, do momento em que ocorrem. A causa impeditiva obsta o transcurso do prazo, desde o seu início. A causa suspensiva ocorre quando o prazo já iniciou o seu decurso, paralisando ou reiniciando após o desaparecimento das hipóteses legais, pelo prazo restante.

Estão previstas nos artigos 197 a 199, do Código Civil Brasileiro. Senão vejamos:

Art. 197. Não corre a prescrição: I entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição: I contra os incapazes de que trata o art. 3º; II contra os ausentes do País em serviço pú-

blico da União, dos Estados ou dos Municípios; III contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I pendendo condição suspensiva; II não estando vencido o prazo; III pendendo ação de evicção.

Enquanto as causas interruptivas estão previstas no artigo 202 do CC:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II por protesto, nas condições do inciso antecedente; III por protesto cambial; IV pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Uma situação em que a ação de usucapião deve ocorrer obrigatoriamente pela via judicial quando há conflito de interesses entre aqueles que se declaram os reais proprietários do imóvel, por exemplo, quando um morador que reside em um imóvel, a mais de 10 anos, ali exerce sua moradia por meio da posse mansa e pacífica, sem oposição de terceiros durante este lapso temporal, não possui justo título do imóvel, porém possui a seu favor a declaração de testemunhas que afirmam que este morador exerce a posse do imóvel, preenchendo os requisitos para a ação de usucapião.

Nesta situação, por exemplo, surge daí o antigo proprietário do imóvel, aquele que o construiu há mais de 20 anos, possui em seu favor contas de luz e de água com a declaração de ligação/ fornecimento de água e luz pelo órgão fornecedor em seu nome, possui IPTU, antigo

de mais de 15 anos. Este alega que abandonou o imóvel por ter que morar em outra cidade para resolver pendências familiares e por lá ficou, porém retorna à cidade onde se localiza o seu imóvel e pretende reaver a posse de seu imóvel por intermédio da ação de reintegração de posse, por considerar que o morador atual do imóvel está exercendo esbulho possessório.

O morador atual do imóvel em matéria de defesa processual interpõe recurso e alega que preenche os requisitos para impetrar a ação de usucapião extraordinária e assim o faz, em conformidade com o entendimento da súmula 237 do STF.

A usucapião ordinária, disciplinada no artigo 1242 do Código Civil, afirma que: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Percebemos de imediato o que distingue a ordinária da extraordinária, principalmente no tocante ao lapso temporal e à inclusão dos requisitos de justo título e boa-fé. Essa espécie de usucapião possui os mesmos requisitos que a extraordinária, ou seja: ânimo de dono (*animus domini*), posse contínua, mansa e pacífica, o que realmente distingue é a inclusão de mais dois requisitos, quais são: o justo título e boa-fé (dispensáveis na usucapião extraordinária ou administrativa).

Tal assertiva se vê nas lições do professor Silvio de Salvo Venosa (2003), das quais se depreende que a noção de justo título está imediatamente ligada à boa-fé. O justo título exterioriza-se e ganha solidez na boa-fé. Aquele que sabe possuir de forma violenta, clandestina ou precária não têm justo título. Cabe ao impugnante provar a existência de má-fé, porque boa-fé se presume.

Se considerarmos que para atender aos requisitos da usucapião ordinária o possuidor suporta maior dificuldade, é justo que este tenha uma contraprestação, sendo esta a diminuição do tempo de posse requerida para dez anos. Insta salientar que tal como a extraordinária, essa espécie de usucapião também aceita a modalidade habitacional conforme determina o parágrafo único do artigo 1242, do Código Civil. Neste quesito não houve alteração, pois aquele que estabelecer sua moradia no imóvel, ou nele realizar investimentos, serviços que tenham por escopo o inte-

resse social e econômico, terá reduzido para cinco anos o tempo para aquisição da propriedade.

A usucapião extraordinária trouxe uma novidade em relação à extraordinária, que é o acréscimo do tempo possuído pelo requerente com o do antecessor do imóvel, tendo a finalidade de completar o tempo exigido. O artigo 1243 dispõe isto, contudo é claro que para isso acontecer também o antecessor deve respeitar os requisitos necessários para a propositura da ação.

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe a modalidade de usucapião extrajudicial, que reconhecerá o direito de domínio sobre imóveis diretamente em cartório, sem a necessidade de processo judicial.

Assim, a pessoa que comprovar a posse de um imóvel, documentada por justo título ou então por documentos que comprovem a continuidade da posse durante qualquer período de tempo e na ausência de impugnação das pessoas que constam da matrícula imobiliária, confrontantes e órgãos públicos, terá reconhecida a usucapião. Havendo impugnação, o cartório de registro de imóveis enviará a requisição para uma das Varas de Registros Públicos da Capital.

Apesar desta facilidade trazida pela lei, a parte documental continua bastante complicada. Documentos necessários para serem apresentados em cartório: Ata Notarial com o histórico do imóvel, feita em tabelionato, com a descrição do imóvel, confrontantes, localizações, tempo e posse; Planta e memorial descritivo, assinada por profissional habilitado (Engenheiro); Estando o imóvel hipotecado, os titulares do direito também deverão assinar a ata notarial; Certidão negativa do distribuidor da localização do imóvel, bem como as certidões pessoais em nome do requerente; Documento que comprove o justo título ou outros que comprovem a continuidade das posse, como no caso de pagamentos de impostos e taxas.

Diante do caso concreto o requerente, diante das condições que o seu imóvel está inserido irá optar pela Usucapião judicial e extrajudicial. Ao optar pela judicial, nos requisitos para pedido da usucapião, o registrador verificará os elementos da ação apenas quando tiver que cumprir a sentença, a contar do que constou do pedido inicial, compreendendo os seguintes elementos: a petição inicial da ação de usucapião tem como

requisitos específicos (arts. 246, § 3º e 259, I do NCPC \2015), além dos requisitos do artigo 319 do mesmo Código.

Visto isto, o requerente da ação de usucapião deverá, em conformidade com o artigo 320 do NCP de 2015, reunir as provas instrutórias da ação, para justificar a sua posse e os fatos alegado na ação: A planta do imóvel com medidas perimétricas, área, marcos naturais, localização exata e todos os confrontantes, para efeito de citações e as vias públicas próximas; A certidão de registro imobiliário da circunscrição do imóvel, com a matrícula. Se esta não houver substituído a transcrição precedente, a certidão será baseada no indicador real (somente quando impossível, baseada no indicador pessoal), solicitada pela parte ao oficial do registro em cuja circunscrição esteja situado o imóvel, em requerimento no qual este seja descrito; Certidão quinzenária comprovando a inexistência de ações possessórias relativas à área usucapienda. Se positiva a certidão, são exigíveis certidões da inicial e da sentença respeitantes à ação possessória que verse sobre o imóvel.

Certidão, no âmbito do Registro de Imóveis, pode ser conceituada como a reprodução dos atos registrais constantes dos livros de registros. É um documento obtido junto ao cartório de Registro de Imóveis onde consta o número de matrícula, o histórico do imóvel, com sua descrição, localização, medidas e confrontações e a cadeia dos proprietários e atos registrais. Pode-se dizer que é o espelho do imóvel.

Por meio da certidão, materializa-se o princípio da publicidade registral, fundamento geral de todas as categorias de registros públicos. Significa tornar público o ato registrado. Assim, qualquer pessoa pode requerer certidão do ato efetuado na respectiva matrícula (artigo 17 da Lei de Registro Públicos). É conferida de autenticidade, possuindo o mesmo valor de prova que o original.

As certidões para fins de Usucapião são as certidões requeridas pelo autor de ação de usucapião, a fim de instruir o respectivo processo e atestar se o imóvel usucapiendo possui ou não matrícula no Registro de Imóveis. O pedido de certidão deve ser instruído com o maior número de documentos que possibilitem a identificação do imóvel, tais como: planta, memorial descritivo do imóvel objeto de usucapião; cópia da pe-

tição inicial, na qual conste a cadeia de posseiros, indicando o número do processo; carnê de IPTU ou certidão de prefeitura municipal.

Algumas dificuldades são encontradas pelo registrador de imóvel para verificar a inexistência do registro imobiliário do imóvel, quais sejam frequente alteração de confrontantes não averbada à margem da respectiva matrícula, deficiências encontradas na descrição dos imóveis, principalmente nos registros antigos, precisão das medições realizadas atualmente, inclusive via satélite, por georreferenciamento, as quais, comparadas com as medições realizadas pelos métodos antigos no mesmo imóvel, apresentam sensíveis diferenças de metragem.

É necessário registrar a sentença proferida na ação de usucapião para efeito da publicidade e disponibilidade do imóvel. O título para o registro da usucapião é a sentença declaratória de usucapião, acompanhada do mandado de matrícula e registro, conforme dispõe o art. 167, inciso I, item 28 c.c. art. 221, inciso IV, ambos da Lei dos Registros Públicos.

No mandado de usucapião deverá conter o seguinte: ordem para o registro da usucapião, nos termos da sentença declaratória de usucapião, devendo constar no mandado quais os números das folhas da sentença; nome completo de todos os autores, a nacionalidade, o estado civil, a profissão, os números do RG e do CPF, endereço. Se pessoa jurídica é indispensável constar a razão social, o número do CNPJ e o endereço da sede. Sendo os autores casados, informar a qualificação completa do cônjuge (o nome completo, a nacionalidade, o estado civil, a profissão, os números do RG e do CPF, endereço). Informar ainda o regime de bens adotado, bem como se a celebração do casamento se deu antes ou após a vigência da Lei nº 6.515/77. No caso de o regime de bens adotado depender de pacto antenupcial, informar o número, a data e o local do registro do pacto; indicar o registro anterior (matrícula). Esse requisito é fundamental para evitar que subsistam dois registros válidos do mesmo imóvel; a data em que a sentença de usucapião transitou em julgado.

Os documentos que acompanham o mandado de usucapião, unta cópia autenticada das seguintes peças processuais: sentença/acórdão; memorial descritivo homologado pelo juiz na sentença; planta homologada pelo juiz na sentença; cópia da folha do demonstrativo do carnê do IPTU, se o imóvel for urbano. Sendo rural, apresentar certidão negativa



do ITR ou o comprovante de pagamento dos últimos 05 anos desse. Apresentar ainda comprovante de pagamento do CCIR. Observar que se o autor não for beneficiário da assistência judiciária gratuita é indispensável a apresentação da DIAT para que seja possível verificar o valor venal do imóvel.

#### 4. ASPECTOS JURÍDICOS DA AÇÃO DE USUCAPIÃO NO CONTEXTO DA ENGENHARIA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, COM AVALIAÇÃO PRÉVIA (*DUE DILIGENCE*) DE UM DETERMINADO NEGÓCIO JURÍDICO

O aspecto jurídico da ação de usucapião no contexto da engenharia na construção civil, com avaliação prévia de um determinado negócio jurídico é importante na medida em que os projeto de usucapião, com as plantas de situação e memorial descritivo são realizados, por meio de levantamento topográfico em moradias dos requerentes da ação, com fins de servir de instrumento probatório para ações judiciais e extrajudiciais, com elaboração de relatório de avaliações e perícias da engenharia civil no local, mediante a elaboração de documentos, cuja vistorias “seguem a constatação de um fato, mediante exame circunstanciado e descrição minuciosa dos elementos que a constituem”, conforme ABNT NBR 13752/1996 - item 3.77.

Em caso de necessidade de obra de engenharia (construção, reforma e demolição), as mesmas deverão ser acompanhadas por profissional de engenharia habilitado, com emissão de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica no Conselho Regional de Engenharia - CREA. Conforme Lei Federal nº 6496, de 7 de dezembro de 1977. O documento elaborado, expedido após a realização da visita técnica, deve estar em conformidade com artigo 5º incisos XXXIII e XXXIV, alínea B da Constituição Federal.

Sendo assim, a engenharia civil, seja na parte de elaboração de pareceres técnicos, quanto na construção de unidades imobiliárias deve se aliar ao objeto do direito urbanístico, estudar as leis reguladoras da atividade urbanísticas para que a política urbana tenha por objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade

urbana, com a instituição de garantia do direito a cidades sustentáveis, compreendendo o direito à terra urbana, à moradia, ao assentamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para gerações presentes e futuras e para instituir a gestão democrática através da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O Brasil é um país fundamentalmente urbano, posto que tenha hoje mais de setenta e cinco por cento da sua população vivendo em suas cidades, e dessa população, uma grande parte, isto é, mais de cinquenta por cento, vive nas regiões metropolitanas e são responsáveis por mais de noventa por cento do PIB que são produzidos nas grandes cidades.

Diante desse fenômeno social, partindo do diagnóstico do processo de urbanização do Brasil, podemos naturalmente constatar que, no decorrer desta última década, surgiram várias tendências que influíram no desenvolvimento do futuro do país, uma vez que todas as análises passam pela existência de uma nova ordem urbana, que deve ser diversificada e abrangente de modo a dar atendimento às necessidades econômicas e sociais.

O crescimento demográfico nas grandes regiões metropolitanas, nessa última década, na verdade, teve um decréscimo e, por outro lado, verificou-se que houve um ligeiro crescimento na população das cidades consideradas médias, com significativa redução também das migrações urbanas.

O processo de desenvolvimento urbano nas cidades brasileiras tem se pautado pela expansão horizontal, com a transformação das áreas rurais em urbanas e no adensamento de áreas não dotadas de infraestruturas e equipamentos urbanos.

Destarte surge o fenômeno social denominado macrocefalia urbana, que se caracteriza pelo crescimento acelerado dos centros urbanos, principalmente nas metrópoles, provocando o processo de marginalização das pessoas que, por falta de oportunidade e baixa renda, residem em bairros que não possuem os serviços públicos básicos, e com isso enfatiza o desemprego, contribui para a formação de favelas, resultando na exclusão social de todas as formas.

Portanto o zoneamento e as regulamentações, fundamentalmente modernistas, garantem, em seu cunho mais perverso, que os empreendedores não corram o risco de terem os seus empreendimentos subitamente desvalorizados pela instalação de um vizinho indesejado.

Além disso, conjuntamente às decisões maiores de políticas de investimentos em infraestrutura e transportes, estes instrumentos garantem as novas centralidades, expulsando para áreas menos dotadas e para a periferia das cidades, ou para os morros a população de menor poder aquisitivo que não pode instalar-se nas tipologias arquitetônicas e urbanísticas oficiais.

Diante desta realidade, o Direito Urbanístico, ao estudar a legislação que regula a atividade destinada a ordenar os espaços habitáveis, tem que levar em consideração a realidade social exposta acima de modo a ter como objeto de análise um conjunto de normas que vise promover o controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades.

As normas do direito urbanístico são de natureza pública, cogentes, fruto do poder de polícia do Estado que, intervindo na disciplina das relações jurídicas, estabelece o condicionamento do exercício do direito e de propriedade ao interesse coletivo, uma vez que o delineamento da propriedade atual se dá em razão da primazia do interesse público em relação ao interesse particular, sendo assim, as imposições urbanísticas são preceitos de Ordem Pública e inserem-se no contexto jurídico como disciplina do conteúdo do direito de propriedade, pois elas se justificam pela necessidade de adequar-se o exercício do direito dominial ao bem-estar social e compatibilizá-lo com a utilidade coletiva.

Diante desta situação, o estudo de viabilidade leva em consideração os estudos técnicos, os estudos econômicos e financeiros e os estudos jurídicos necessários para que um projeto de infraestrutura participe de uma licitação. Os estudos técnicos abrangem o estudo de demanda; o projeto operacional; projeto de engenharia e estudos socioambientais.

Isto é muito importante nas incorporações imobiliárias, por exemplo, para que seja consistente no desenvolvimento de empreendimentos com a alienação de unidades autônomas a serem construídas ou em construção, e é uma das atividades econômicas mais relevantes do país.

Além de movimentar inúmeros setores e gerar empregos como nenhuma outra, tem grande importância para a sociedade, na medida em que propicia a aquisição de habitação, a chamada “casa própria”, a milhões de cidadãos.

A estabilização econômica, a maior segurança das garantias (proporcionada pela ampla utilização da alienação fiduciária) e a queda de juros proporcionam aumento considerável da oferta de financiamentos, fenômeno que, juntamente com a melhoria da renda da população, impulsionou a demanda pela aquisição de imóveis e conseqüentemente de sua produção, o chamado boom imobiliário. Apesar da elevação substancial da oferta, a existência de déficit habitacional continua contribuindo para o crescimento do mercado.

Um reflexo disso é a edição da Instrução Normativa 22, que padroniza procedimentos para aquisição e incorporação de imóveis da União, que regulamenta os processos de aquisição, incorporação e regularização de imóveis da União, com o objetivo de padronizar os procedimentos utilizados nas 27 superintendências regionais da SPU em todo o país, simplificando as etapas nos casos de aquisição e incorporação dos bens. A norma garante maior segurança jurídica e transparência aos atos praticados pela SPU, ao uniformizá-los e ao definir diretrizes e modelos que deverão ser seguidos pelas unidades da secretaria.

A incorporação imobiliária é regulada pela Lei 4.591, de 1964, a partir do artigo 28, sendo atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas para a alienação total ou parcial. A incorporação é registrada na matrícula da matriz, após o registro da instituição de condomínio e das atribuições de unidades autônomas, se houver, e será informada por averbação nas matrículas das unidades autônomas.

A promessa de compra e venda pode ser bilateral ou unilateral. Como todo contrato preliminar, a promessa de compra e venda gera uma obrigação de fazer, que se executa mediante a outorga do contrato definitivo.

O Registro no Cartório de Registro de Imóveis onde estiverem localizados os bens imóveis é exigido para que o contrato tenha efeitos em relação a terceiros, devido à natureza do objeto. A promessa bilateral

de compra e venda pode ser irretratável ou sujeita a arrependimento. Quando irretratável, e constar de registro público, gera direito real, e submete o promitente vendedor à execução coativa, conforme os artigos 463 e 464 do CC, obrigando o juiz a outorgar a escritura definitiva, sob pena de valer a sentença como suprimento do ato recusado.

E como a constituição de direito real sobre bem imóvel está submetida a requisito formal do registro, é necessário que se obedeça a esse requisito, a fim de que possa produzir tal efeito, isto é, haverá de ser levado ao registro competente, no caso, o registro de imóveis. Já que o artigo 462 não exige a forma pública para o contrato preliminar, a consequência é a de que por imposição legal deverá ser registrado no Registro de Imóveis qualquer contrato de promessa de compra e venda que tenha por objeto bem imóvel, e não apenas os terrenos loteados.

Admitindo o *ius poenitendi*, fica ressalvada aos contratantes a faculdade de se arrependerem, mediante as condições estipuladas, como seja a perda do sinal, o pagamento da remuneração pela utilização da coisa, ou a perda das prestações pagas a título de indenização pelo uso.

A irretratabilidade contratual garante que, não havendo situação de descumprimento contratual por parte do vendedor ou cláusula de revogabilidade expressa, o comprador ficaria obrigado, em tese, a cumprir o contrato.

Quando a extinção contratual é proposta pelo adquirente comprador para reaver o que pagou, os contratos celebrados antes da vigência da Lei 13.786/2018 obedecem aos parâmetros de multa, forma de devolução, causa da extinção, fixados pela jurisprudência do STJ e dos Tribunais de Justiça.

Conforme apontado pelo Professor Marcus Vinicius Borges, em material Pré-Aula, ao considerar a vigência da lei do Distrato, sendo assim, as formas de extinção dos contratos entre adquirentes e empreendedores do setor imobiliário, portanto, por ser norma especial prevalece sobre a norma geral que trata sobre o mesmo tema (extinção dos contratos) relativamente aos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias autônomas, prevendo a retenção da comissão de corretagem, eventualmente paga pela incorporadora, e de uma pena contratual não superior a vinte e cinco por cento do valor pago, independentemen-

te de comprovação de prejuízo. Nos casos de incorporação submetida ao patrimônio de afetação esta pena contratual poderá ser de até cinquenta por cento dos valores pagos.

O artigo 477 do CC consagra a *exceptio non rite adimpleti contractus*. A norma enuncia que se depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, poderá a outra parte recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que o primeiro satisfaça a sua ou dê garantia bastante para satisfazê-la. Eventualmente, se a parte que beira à inadimplência não cumprir com o que consta do dispositivo, o contrato bilateral estará extinto, após a devida interpelação judicial por parte do interessado na extinção, nos termos do citado 474 do CC.

O artigo 477 do CC tem relação com o que a doutrina contemporânea tem conceituado como quebra antecipada do contrato ou inadimplemento antecipado. Isso porque, pela citada teoria, se uma parte perceber que há risco real efetivo, demonstrado pela realidade fática, de que a outra não cumpra com a sua obrigação, poderá antecipar-se, pleiteando a extinção do contrato antes mesmo do prazo para o cumprimento. A ressalva é o que o dispositivo em comento ordena que a parte tente buscar garantias para o cumprimento, para então depois pleitear a resolução. A respeito do assunto, na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, de autoria de Cristiano Zanetti, professor da Universidade de São Paulo: “A Resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do Inadimplemento antecipado” (Enunciado n. 437).

A situação para extinção dos compromissos particulares de compra e venda de unidades imobiliárias, seguindo entendimento jurisprudencial: (i) qualquer adquirente pode desistir da compra independentemente da causa que alega; (ii) os adquirentes inadimplentes ou não sofreriam uma penalidade de 10% a 25% sobre as parcelas pagas; (iii) adquirentes adimplentes que tinham como causa no desfazimento do contrato o inadimplemento da construtora devolução de 100% das parcelas pagas, com correção do desembolso e juros da citação; (iv) em qualquer das hipóteses de extinção devolução dos valores pagos de uma só vez.

Diante do exposto vale ressaltar que o contrato de incorporação imobiliária é analisado junto com o Código de Defesa do Consumidor para assegurar a aplicação da segurança jurídica no âmbito contratual pactuado entre as partes, devido à diferença encontrada entre as pessoas jurídicas, representada pelas empresas e a pessoa física, representado pelos consumidores, compradores das unidades imobiliárias.

O artigo 384, “caput” do CPC de 2015 prevê que a ata notarial se presta a provar existência e o modo de existir de algum fato. Como se pode notar, a ata notarial é cabível sempre que for possível a uma pessoa, no caso tabelião, atestar a existência ou modo de ser, independentemente da natureza ou espécie de natureza jurídica de direito material derivada de tais fatos. Essa capacidade de atestar existência ou modo de ser do fato deve considerar todos os sentidos humanos e não somente a visão.

A ata notarial, dotada de fé pública e força de prova pré-constituída, é o instrumento através do qual o tabelião, seu substituto ou escrevente, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou seu estado (artigo 364, cpc 1973, artigo 384 e seu parágrafo único, CPC 2015, c/c artigo 7º, III, LC). Tem por objeto fazer constar o comparecimento, na serventia, de pessoa interessada em algo que não se tenha realizado por motivo alheio à sua vontade; fazer constatar a ocorrência de fatos que o tabelião de nota ou seu escrevente, diligenciando em recinto interno ou externo da serventia ou esteja percebendo com seus próprios sentidos; averiguar a notoriedade de um fato.

Arbitragem no setor imobiliário e na construção civil é sigiloso, em razão do § 6º do art. 13 da Lei 9.307/1996, ao prever: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” Isto garante que a exposição do conflito não seja permitida, para não gerar danos à imagem de ambas as partes, evitando conseqüente constrangimento público.

O “Built to suit” é um termo utilizado no setor imobiliário para se referir a construções realizadas de acordo com as necessidades do locatário. Esta forma de construção está prevista na Lei 8245/91, com as mudanças proporcionadas pela Lei 12744/12 no “contrato de constru-

ção ajustada”, seguindo desta maneira, em alguns pontos, as regras de negócio jurídico de contrato de locação. É uma forma de dinamizar o mercado imobiliário.

A grande especialidade do procedimento especial possessório é a previsão de liminar no artigo 562, “caput”, do Novo CPC. Segundo esse dispositivo legal, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá a inaudita altera partes a medida liminar, consubstanciada na expedição de mandado de manutenção ou reintegração de posse, conforme o caso. Existe certa divergência doutrinária a respeito da possibilidade de o juiz conceder a medida liminar de ofício ou somente mediante pedido expresso pelo autor.

O melhor entendimento é aquele que exige o pedido expresso do autor, priorizando o princípio dispositivo, até mesmo porque, tendo natureza de tutela provisória satisfativa, deve-se aplicar por analogia o raciocínio, quanto à impossibilidade de concessão oficiosa de tutela antecipada. A liminar será concedida sempre que dois requisitos forem preenchidos no caso concreto, sendo dispensada no caso concreto a demonstração do *periculum in mora*.

No plano diretor da cidade, instituído por lei municipal, é onde devem constar os objetivos, funções e o alcance da função social da propriedade imobiliária brasileira. É no plano diretor que estarão as definições para a classificação de propriedades que cumprem e das que não cumprem a função social.

No planejamento municipal, a administração deve se utilizar especialmente das diretrizes constantes no plano diretor, que, segundo a regra constitucional do artigo 182, impõe ao poder público municipal o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, pois a norma inserida no artigo 39 do Estatuto da Cidade estatui que a propriedade urbana atenda à sua função social quando cumprir as exigências de ordenação das cidades expressas em seu plano diretor.

O plano diretor deve visar sempre a ordenação e a expansão dos núcleos urbanos e a adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano; a oferta de equipamentos urbanos e comunitários às



características socioambientais locais e aos interesses e às necessidades da população, inclusive dos deficientes físicos; o incentivo à economia do Município com estímulos às aptidões locais, observados os interesses gerais da população e as condições do meio; o tratamento integral por bairros no que diz respeito ao atendimento às carências dos equipamentos de consumo coletivos.

De acordo com a lei de incorporação imobiliária, Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, em seu artigo 28 e 29 afirma que:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (VETADO).

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de

edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

O “caput” do artigo 28 da Lei 4.591/64 determina que a atividade de uma incorporação deve ser regulamentada pelo referido diploma legal, não remetendo tal competência para quaisquer outros instrumentos legais. O parágrafo único do artigo 28 define atividade de incorporação imobiliária aquela exercida com o objetivo de construir unidades imobiliárias destinadas para a venda total ou parcial; portanto, todas as pessoas jurídicas que tenham receitas de venda de apartamento, casa, lotes e outros edifícios são consideradas incorporadoras.

Com a leitura do artigo 29, eliminam-se quaisquer dúvidas acerca de a incorporadora ser a pessoa jurídica que comercializa unidades imobiliárias ainda que esta não realize a construção.

A principal dúvida é com relação à atividade da incorporação, se seria somente a comercialização de unidade imobiliária, em que a mesma não teria operários contratados para a execução da obra, e assim separariam as atividades de construção e incorporação.

Com efeito, a leitura do artigo 29 elimina quaisquer dúvidas sobre esta questão ao definir como incorporador a pessoa física ou jurídica que comercializa unidades imobiliárias independentes de fazer ou não a construção das mesmas; desta forma, está colocando como condição básica para ser incorporadora a venda de frações ideais de terrenos. Assim, constata-se que a construção civil será sempre a prestação dos serviços de contrato de empreitada ou administração de obra, em outras palavras, a pessoa jurídica que tenha a atividade de prestação de serviço de construção será construtora.

A usucapião é um modo de aquisição da propriedade e a autora satisfaz os requisitos do artigo 1238 do Código Civil, nos termos literais do “caput” deste dispositivo, “aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel adquiere-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Este dispositivo legal, em seu parágrafo único, está em consonância com o princípio da operabilidade, por reduzir o prazo para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizar obras ou serviços de caráter produtivos.

Este é o entendimento do Enunciado 564 aprovado pela VI Jornada de Direito Civil: Enunciado 564: As normas relativas à usucapião extraordinária (art. 1.238, “caput”, CC) e à usucapião ordinária (art. 1.242, “caput”, CC), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil. Artigo: 1.238 do Código Civil.

Nesse sentido, apontam-se as jurisprudências do TJ/MG E TJ/MS, com as ementas transcritas, em que aos requerentes, ao preencherem todos os requisitos exigidos pela lei, conceder-se-á a aquisição da propriedade mediante usucapião.

TJ-MG - Apelação Cível AC 10686010063770001 MG (TJ-MG) Data de publicação: 26/05/2014. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - POSSE VINTENÁRIA - Lei nº 10.406/2002 - SENTENÇA MANTIDA. 1. Os apelados preencheram todos os requisitos exigidos para aquisição da propriedade mediante usucapião, o que ensejou a procedência do pedido. 2. A apelante não comprovou que o lapso temporal foi cumprido com oposição ou que a posse derivava de qualquer espécie contratual. 3. Devidamente preenchidos os requisitos legais para aquisição da propriedade por meio da usucapião pelos apelados, impõe-se a manutenção da sentença proferida.

TJ-MS - Apelação APL 08012183420118120002 MS 0801218-34.2011.8.12.0002

(TJMS). Data da publicação: 14/10/2015. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – “POSSE-MORADIA” – ART. 1.238, PAR. ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (POSSE AD USUCAPIONEM, TEMPO, MORADIA) – RECURSO

DESPROVIDO. 1 Preenchidos os requisitos legais para a declaração da usucapião extraordinário por posse-moradia (posse ad usucapionem, tempo, moradia), deve ser declarada a aquisição da propriedade imóvel, nos termos do art. 1.238, par. ún. do Código Civil. 3 – Recurso conhecido e desprovido.

## CONCLUSÃO

Três são os requisitos essenciais a qualquer modalidade de usucapião no ordenamento jurídico: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*. A posse necessária será acompanhada de *animus domini*, que consiste no propósito de o uscapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com *animus domini* sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular. Em virtude da causa originária da posse, excluem-se da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a posse direta por força de obrigação ou direito (artigo 1197 do CC).

O Novo Código de Processo Civil revogou as disposições dos artigos 941/945 que tratavam da ação de usucapião de terras particulares. Pela sistemática da nova legislação a pretensão de declaração do domínio exercida judicialmente passa a seguir disposições específicas dos artigos 246, §3º, 259, I, aplicando-se as normas do procedimento comum.

Outrossim, em consonância com o disposto na CRFB/1988, na LC nº75/1993 e na LC nº34/1994, a legislação processual civil dispôs em seu art. 178 as hipóteses de intervenção do Ministério Público, nos seguintes termos:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Sendo assim, considerando o regramento constitucional e processual aplicável, quando se evidencia a desnecessidade de intervenção do Ministério Público, não há porque manifestar-se, notadamente porque não se discute nos presentes autos interesse público ou social, interesse de incapaz ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

A aquisição da propriedade imóvel pela usucapião demanda o implemento dos seguintes pressupostos gerais: coisa hábil a ser usucapida; posse qualificada (“*ad usucapionem*”), ou seja, exercida com ânimo de dono (“*animus domini*”), de forma mansa e pacífica, sem oposição e interrupção, sendo permitida a soma de posses (“*accessio possessionis*” – art. 1.243 do CC); tempo de posse, variável conforme a espécie de usucapião, observadas as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição (art. 1.244 do CC), bem ainda as regras de transição previstas nos arts. 2.028 a 2.030 do CC.

Além dos pressupostos gerais, as principais espécies de usucapião possuem os seguintes pressupostos específicos: Usucapião extraordinária (art. 1.238 do CC): 15 anos de posse (ou 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo). Usucapião ordinária (art. 1.242 do CC): 10 anos de posse (ou 05 anos, se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico); justo título; boa-fé. Usucapião especial rural (art. 1.239 do CC): 05 anos de posse; área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia; não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano. Usucapião especial urbana (art. 1.240 do CC): 05 anos de posse; área urbana de até 250m<sup>2</sup>, utilizada para moradia própria ou de sua família; não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

Feitas tais considerações de ordem geral, é preciso adentrar na análise do caso concreto, para verificar se os requerentes que pretendem a declaração de domínio sobre o imóvel informado na inicial alegam ter posse mansa, pacífica e ininterrupta por lapso temporal superior ao

legalmente exigido, resultando na prescrição aquisitiva prevista na legislação civilista.

É preciso observar também se todos os requisitos legais foram atendidos, observar se foram realizadas as citações e intimações necessárias. Nas situações em que forem anexadas nos autos, as declarações feitas por vizinhos confrontantes e testemunhas, as quais, com firmas reconhecidas, vão ao encontro das alegações autorais, ficando assim evidenciados os requisitos necessários à procedência da ação, face da ausência de resistência ao pedido, poderá ser desnecessária a realização de Audiência de Instrução e Julgamento.

Tenho que em homenagem aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, que servem de prodigiosos instrumentos, a fim de que o Magistrado possa concretizar o mandamento constitucional da razoável duração do processo, as declarações de vizinhos confrontantes e testemunhas, anexadas nos processos de usucapião, trazidas em substituição à oitiva de testemunhas, além de terem o condão de, no caso dos autos, comprovar os fatos articulados na inicial, contribuem para a celeridade da prestação jurisdicional, mormente em ações de usucapião, nas quais, tradicionalmente, a gama de formalidades que devem ser atendidas já representam uma natural delonga.

Porque não há resistência ao pedido se as declarações firmadas para embasar a comprovação da posse da parte autora e demais exigências legais em relação ao imóvel que pretende usucapir foram feitas por pessoas capazes, as quais, consoante se percebe, postaram-se cientes das consequências criminais em caso de falsa declaração, mister reconhecê-las como hábeis e válidos meios de prova, já que não são objeto de restrição à vista da prescrição contida no art. 369, do CPC.

Além disso, é preciso valorar as declarações por escrito, com firma reconhecida em cartório, feitas por vizinhos confrontantes, ao corroborarem com as alegações preliminares, afirmando que a posse do demandante é exercida de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com ocupação do imóvel usucapiendo, com *animus domini*, pelo lapso temporal legalmente exigido à configuração do pretendido reconhecimento da usucapião alegada.

Nesse sentido, os documentos, anexados nos processos de usucapião, carreados aos autos se revelam suficientes para o julgamento da demanda, quando consubstanciada com despicienda a designação e realização de audiência de instrução e julgamento, serão colhidas declarações de testemunhas em igual sentido as que já se encontram presentes neste caderno processual e não tiveram sua higidez tísada.

À vista do exposto, por tudo mais constante dos autos, satisfeitas as formalidades da espécie, o magistrado julgará procedente o pedido e resolvendo o mérito da demanda, a teor do art. 487, I do CPC, para declarar o domínio dos autores sobre o imóvel descrito na inicial, com as medidas e confrontações constantes da respectiva planta e memorial descrito inclusos aos autos.

A mansidão, pacificidade e continuidade indicam o exercício ininterrupto e sem oposição da posse. A pacificidade da posse cessa apenas no instante em que há oposição judicial por parte de quem pretende retomá-la, condicionada a interrupção da usucapião ao reconhecimento da procedência da sentença transitada em julgado na ação possessória ou petitoria na qual o usucapiente figura como réu.

Quanto à continuidade, tem-se que somente a posse adequada às modalidades de usucapião ordinária e extraordinária dispensa moradia do usucapiente, nas hipóteses do artigo 1238 e “caput” do artigo 1242. A posse será descontínua quando o possuidor abandonar o poder físico sobre a coisa por prazo relevante, sem deixar qualquer daquelas pessoas ocupando o bem.

Se, nesta hipótese, o prazo for interrompido e voltar à estaca a zero, o mesmo não poderá dizer quanto ao possuidor que de ocupar o imóvel por períodos frequentes, a ponto de não afetar o seu vínculo com a coisa. Certo é que a questão sobre o quantum aproximado desse lapso de ausência é mais probatória e fática do que jurídica.

Válido colacionar, por oportuno, o seguinte aresto, oriundo do E. TJMG:

EMENTA: USUCAPIÃO. ANIMUS DOMINI. PRAZO. POSSE MANSA E PACÍFICA. REQUISITOS ATENDIDOS. PROCEDÊNCIA. Sendo o bem é

passível de ser adquirido via usucapião e são atendidos todos os requisitos previstos em lei, quais sejam, posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 20 anos, consoante prazo previsto no Código Civil de 1916, aplicável ao caso, e com *animus domini*, impõe-se a declaração da prescrição aquisitiva em favor do possuidor (TJMG- Apelação Cível 1.0342.08.113471-6/001, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/02/2016, publicação da súmula em 04/03/2016).

O direito de propriedade vem estabelecido no artigo 1228 do CC\2002, em que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer injustamente a possua ou detenha”. O conceito de posse está estabelecido nos artigos de 1196 e 1197 do CC\2002:

Art. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Art. 1197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direito defender a sua posse contra o indireto.

O denominado domínio útil compreende os direitos de utilização e de disposição, assim como a alienação. Diante desta situação, é possível promover a interdisciplinaridade entre Direito e Engenharia, dentro da complexidade encontrada perante a grande demanda de projetos de usucapião existente atualmente, por apresentar noções procedimentais da Usucapião no âmbito judicial e extrajudicial diante das providências a serem tomadas pelos profissionais de engenharia civil e arquitetura que realizar a elaboração do projeto de usucapião.

Esta interdisciplinaridade apresenta relação com o princípio da boa-fé objetiva, em virtude do dever de colaboração, assim como ao dever de não atrapalhar o cumprimento da obrigação de outra parte, dentro do contexto obrigacional e negocial.

Em conformidade com Nuno Manuel Pinto de Oliveira (2011, p. 183-185):



O princípio de que cada uma das partes deve colaborar com a outra para que o cumprimento às obrigações corresponda à realização dos fins prosseguidos com o contrato contribui para adequada resolução do problema de existência (ou inexistência) de um dever do credor de aceitar a prestação ou de praticar actos de cooperação à realização da prestação devida. Embora a função da relação obrigacional consista na “sacrificação de um interesse concreto do credor, proporcionado através do sacrifício imposto ao devedor pelo vínculo obrigacional” a análise do regime jurídico geral das relações obrigacionais confirma a existência de interesses do devedor protegidos pelo direito civil. Entre os interesses protegidos há-de atribuir-se preeminente dignidade ao interesse em exonerar-se do dever de prestar. (...) Quando a atitude do credor não colida com um interesse do devedor em cumprir a contraprestação convencionada e/ou para se exonerar, não há razões suficientes para que se firme qualquer dever de colaboração. (...) Quando, todavia, a atitude do credor que se escusa injustificativamente a aceitar a prestar, ou a praticar os actos de cooperação necessários ao cumprimento, conflitue com o interesse do devedor em conseguir a contraprestação ou em exonerar-se, há razões suficientes para que se afirme que o credor tem um dever jurídico de colaboração com o devedor no cumprimento.

Desta forma, o advogado ao promover a orientação jurídica, fornecendo os subsídios necessários para o requerente ganhar a propriedade do imóvel; evidenciando para que serve a usucapião; mostrando quais tipos de imóveis podem ser regularizados através do processo de usucapião; caracterizando as providências a serem tomadas pelo advogado; e as providências a serem tomadas pelo engenheiro; dimensionando as situações jurídicas que afastam o reconhecimento da usucapião; revelando as diferenças entre obter a propriedade e legalizar um imóvel; identificando as espécies de documentos utilizados no processo; os riscos nos negócios quanto a qualidade e exequibilidade dos projetos (desenhos): Planta do Imóvel e memorial descritivo; revelando que a mediação como método adequado para a resolução de conflitos entre engenheiro e clientes é eficiente para a captação de clientes e na promoção de um negócio jurídico

eficiente, estará apto a empregar na vida profissional os aspectos jurídicos das ações de usucapião no contexto da engenharia na construção civil, com a avaliação prévia de um determinado negócio jurídico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 1988**. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), em 10 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm), em 09 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI N° 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Acessado no site [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), em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI 6.496, de 7 de dezembro de 1977**. Institui a “Anotação de Responsabilidade Técnica” na prestação de serviços de engenharia, de arquitetura e agronomia; autoriza a criação, pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA, de uma Mútua de Assistência Profissional; e dá outras providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6496.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6496.htm), em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm), em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI N° 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm), em 13 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 13.465, de 11 de junho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm), em 13 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972.** Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5868.htm), em 14 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm), em 14 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018.** Altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm), em 14 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm), em 12 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm), em 20 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6766.htm), em 23 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 6908, de 31 de maio de 1986.** Dispõe sobre o parcelamento do solo no município de Juiz de Fora. Acessado no site <https://leismunicipais.com.br/a/mg/j/juiz-de-fora/lei-ordinaria/1986/690/6908/lei-ordinaria-n-6908-1986-dispoe-sobre-o-parcelamento-do-solo-no-municipio-de-juiz-de-fora>, em 23 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm), em 24 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI Nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999.** Altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9785.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9785.htm), em 24 de janeiro de 2019.

**BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Acessado no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm), em 24 de fevereiro de 2019.

**BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 34 DE 12/09/1994.** Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências. Acessado no site <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=L-CP&num=34&ano=1994>, em 24 de fevereiro de 2019.

**BRASIL. TJ-MS - Apelação APL 08012183420118120002 MS 0801218-34.2011.8.12.0002 (TJMS).** Data da publicação: 14/10/2015. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USU-

CAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – “POSSE-MORADIA” – ART. 1.238, PAR. ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (POSSE AD USUCAPIONEM, TEMPO, MORADIA) – RECURSO DESPROVIDO.

**BRASIL.TJ-MG - Apelação Cível AC 10686010063770001 MG (TJ-MG).** Data de publicação: 26/05/2014. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – POSSE VINTENÁRIA – Lei nº 10.406 /2002 – SENTENÇA MANTIDA.

**BRASIL. STF-RE: 422349 RIO GRANDE DO SUL,** Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data do julgamento: 29/04/2015. Tribunal Pleno, Data da Publicação: 05/08/2015.

**BRASIL. STJ, 4ª Turma, REsp 1.143.968/MG,** rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.26/02/2013, DJe 01/07/2013; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.089.211/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.16/12/2010, DJe 21/02/2011.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento.** Site: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambient\\_e\\_Desenvolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambient_e_Desenvolvimento.pdf). Acessado em 10 de dezembro de 2019.

**Instrução Normativa padroniza procedimentos para aquisição e incorporação de imóveis da União.** Site: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/spu-padroniza-procedimentos-para-aquisicao-e-incorporacao-de-imoveis->. Acessado em 28 de janeiro de 2020.

**Jornada V Jornada de Direito Civil.** Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho Obrigações e Contratos. Coordenador da Comissão de Trabalho Paulo Roque

Khouri. **Número 437. Enunciado: A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado.** Referência Legislativa Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002 ART.: 475. Acessado no site: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/339> , em 30 de janeiro de 2019.

HABERMANN, Cláudio Jr. **Usucapião Judicial e Extrajudicial no Novo CPC.** São Paulo: Habermann, 2016. ISBN: 978-85-89205-52-5.

**Habitação.** Portal do IBGE. Site: <https://www.ibge.gov.br/>. Acessado em 20 de janeiro de 2020.

MARCONDES, Fernando. **Direito da construção:** Estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: Pini, 2014.

**Ministério do Meio Ambiente.** Site: <http://www.mma.gov.br/>. Acessado em 10 de fevereiro de 2020.

**Organização do Território.** Portal do IBGE. Site: <https://www.ibge.gov.br/>. Acessado em 15 de janeiro de 2020.

PEIXOTO, Ulisses Vieira. **Direito Imobiliário.** São Paulo: JH Mizuno, 2017. ISBN: 978-85-7789-319-5.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e incorporações.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-3096-088-9.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. **Princípios de direito dos contratos.** Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Volume V.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 978-85-97-003-07.

# O PROCEDIMENTO DA DÚVIDA NO REGISTRO DE IMÓVEIS DIANTE DA DOCTRINA E PRÁTICA DO LOTEAMENTO URBANO E DA AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO NO ASSENTO IMOBILIÁRIO

*Danielle Pereira Paiva<sup>14</sup>*

## INTRODUÇÃO

A doutrina e prática do loteamento urbano se adéqua ao direito de propriedade e ao plano diretor da cidade, instituído por lei municipal, onde estão constados os objetivos, funções e o alcance da função social

---

14 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2013); especialização *latu sensu* em MBA em Direito Tributário oferecido pela Fundação Getúlio Vargas (2016); especialização *latu sensu* em Relações Internacionais oferecida pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2018); especialização *latu sensu* em Direito e Negócios Imobiliários oferecido pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2020); especialização *latu sensu* em Direito Notarial e Registral oferecido pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2020). Experiência Profissional na área do Direito, com ênfase em Direito Tributário, Direito Imobiliário, Direito Registral e Notarial, Sucessório, Direito bancário, Regularização fundiária, Mediação extrajudicial e Conciliação.

da propriedade imobiliária urbana. É no plano diretor que estarão as definições para classificação de propriedades que cumprem e das que não cumprem a função social. Sendo assim, o direito urbanístico consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinada a ordenar os espaços habitáveis.

Diante de uma situação em que o indivíduo adquire um imóvel inserido em loteamento não aprovado pela prefeitura por estar em desacordo com o plano diretor da cidade. Este mesmo indivíduo consegue realizar a retificação do registro de seu imóvel pela via judicial. De posse do mandado judicial, se dirige ao cartório para realizar as averbações necessárias na matrícula do referido imóvel.

O oficial registrador ao analisar o mandado judicial e o teor do processo na qual versou o motivo da retificação, observou incongruências que a inviabiliza, por ter contrariado a demarcação urbanística, que é um procedimento essencial e indispensável para a regularização fundiária de áreas urbanas. Nesse sentido, como proceder diante de casos similares a este? A atuação do oficial registrador está correta? É possível haver o cancelamento de mandado judicial quando contrariar leis dos cartórios em matéria de registro público?

A função maior do Cartório de Imóveis é o arquivamento do histórico completo do imóvel, com todos os dados da propriedade, de maneira autêntica e segura. Os efeitos dos atos registrais podem ser constitutivos, quando a publicidade é elemento da própria constituição do direito ou, em outras palavras, a publicidade é pressuposto de existência do direito real. Podem ser também desconstitutivos, quando em razão do cancelamento de um registro se desconstitui o direito real ou, ainda, em razão da transmissão do direito real, este se desconstitui em favor do outorgante.

Quando o direito já existe anteriormente, mas necessita da publicidade apenas para produzir efeitos em relação a terceiros, estamos diante dos efeitos declaratórios. Além destes, temos ainda os que são praticados apenas para dar notícia, tornar público, atos ou fatos que dizem respeito ao bem imóvel, aos direitos inscritos ou sujeitos que figuram nos atos registrais. Os atos que produzam efeitos jurídicos que tenham relação com imóveis deverão ser registrados nos livros do Registro de Imóveis, pas-



sando, assim, a ter validade jurídica. Provas de propriedade e alterações no imóvel, assim como demais atos jurídicos, passam a ser reconhecidos de acordo com a lei.

Diante destes efeitos, em especial o constitutivo e o desconstitutivo, o estudo a ser proposto por este artigo é válido por mostrar que o procedimento da dúvida no registro de imóveis é importante para validar ou não atos referentes a loteamentos urbanos, que é de extrema importância para a efetivação da regularização fundiária no país.

Dessa forma, será proposto a compreensão da Lei dos Registros Públicos no âmbito de atuação do Loteamento Urbano como o objetivo de entender o Direito de Propriedade, os efeitos da retificação de registros e a importância da retificação do registro imobiliário; analisar o papel dos oficiais cartorários diante de sua função técnica; expor as limitações existentes nos títulos judiciais e extrajudiciais com relação ao fim a que se destina; relacionar a esfera administrativa e a judicial quanto à resolução de litígios na esfera de registros de imóveis.

## 1. LOTEAMENTO URBANO NA DOCTRINA E NA PRÁTICA

Em conformidade com a lei de Registros Públicos, em seu artigo 167, inciso I, alínea 19, o registro do loteamento urbano e rural será feito no Registro de Imóveis.

O Oficial de Registro de Imóveis agirá corretamente tendo em vista que um dos atos mais importantes do processo de loteamento é o seu Registro Imobiliário, pois somente a partir desse procedimento é que os mesmos passam a ter vida; é a partir desse momento que as vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos públicos passam a integrar o domínio público e que os bens poderão ser prometidos à venda. Pois é o ato de Registro que torna efetiva a participação do município.

É a condição “*sine qual non*” para o registro do loteamento, a apresentação perante o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca, a licença pela Prefeitura, como também do respectivo termo de acordo e outros documentos que garantem a viabilidade do mesmo, isto é, da

documentação que comprove que, a partir daquele fato, o Poder Público Municipal é coadjuvante junto ao loteador e solidário com os futuros compromissários ou compradores dos lotes.

O processamento do pedido de registro perante o Cartório Imobiliário, após a aprovação do projeto pela Municipalidade, permite uma oportuna fiscalização por meio do oficial do registro, que pode levantar as dúvidas necessárias; permite a fiscalização do Ministério Público e do juiz, nas suas normais funções de correição. É o meio mais adequado para solucionar as hipóteses, sempre possíveis, de existência de impugnações ao pedido de registro, muitas vezes por aspectos de legalidade.

Regra primária em matéria administrativa, no que diz respeito à competência é a que nos ensina que agente competente é aquele a quem a lei cometeu atribuição e não aquele que pretende ser competente. Competente para efetuar as notificações de que cogita a Lei 6766/79 é, em primeiro lugar, o Oficial do Cartório de Registro de imóveis onde estiver registrado ou inscrito o loteamento.

A Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, institui no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios: identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior: criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população

de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda; estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Da Legitimação Fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, 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 em 22 de dezembro de 2016.

A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. A legitimação de posse poderá ser transferida por *causa mortis* ou por ato *inter vivos*. A legitimação de posse não se aplica aos imóveis urbanos situados em área de titularidade do poder público.

O procedimento administrativo para a regularização fundiária pela Reurb obedecerá às seguintes fases: requerimento dos legitimados; processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes; elaboração do projeto de regularização fundiária; saneamento do processo administrativo; decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade; expedição da CRF pelo Município; e registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em

que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada. Não impedirá a Reurb, na forma estabelecida nesta Lei, a inexistência de lei municipal específica que trate de medidas ou posturas de interesse local aplicáveis a projetos de regularização fundiária urbana. A fim de fomentar a efetiva implantação das medidas da Reurb, os entes federativos poderão celebrar convênios ou outros instrumentos congêneres com o Ministério das Cidades, com vistas a cooperar para a fiel execução do disposto nesta Lei.

O projeto de regularização fundiária conterà, no mínimo: levantamento planialtimétrico e cadastral, com georreferenciamento, subscrito por profissional competente, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado; planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível; estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental; projeto urbanístico; memoriais descritivos; proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso; estudo técnico para situação de risco, quando for o caso; estudo técnico ambiental, para os fins previstos nesta Lei, quando for o caso; cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico.

O projeto urbanístico de regularização fundiária deverá conter, no mínimo, indicação: das áreas ocupadas, do sistema viário e das unidades imobiliárias, existentes ou projetadas; das unidades imobiliárias a serem regularizadas, suas características, área, confrontações, localização, nome do logradouro e número de sua designação cadastral, se houver; quando for o caso, das quadras e suas subdivisões em lotes ou as frações ideais vinculadas à unidade regularizada; dos logradouros, espaços livres, áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urba-

nos, quando houver; de eventuais áreas já usucapidas; das medidas de adequação para correção das desconformidades, quando necessárias; das medidas de adequação da mobilidade, acessibilidade, infraestrutura e re-locação de edificações, quando necessárias; das obras de infraestrutura essencial, quando necessárias; de outros requisitos que sejam definidos pelo Município.

Considera-se infraestrutura essencial os seguintes equipamentos: sistema de abastecimento de água potável, coletivo ou individual; sistema de coleta e tratamento do esgotamento sanitário, coletivo ou individual; rede de energia elétrica domiciliar; soluções de drenagem, quando necessário; e outros equipamentos a serem definidos pelos Municípios em função das necessidades locais e características regionais.

O pronunciamento da autoridade competente que decidir o processamento administrativo da Reurb deverá: indicar as intervenções a serem executadas, se for o caso, conforme o projeto de regularização fundiária aprovado; aprovar o projeto de regularização fundiária resultante do processo de regularização fundiária; e identificar e declarar os ocupantes de cada unidade imobiliária com destinação urbana regularizada, e os respectivos direitos reais.

A Certidão de Regularização Fundiária (CRF) é o ato administrativo de aprovação da regularização que deverá acompanhar o projeto aprovado e deverá conter, no mínimo: o nome do núcleo urbano regularizado; a localização; a modalidade da regularização; as responsabilidades das obras e serviços constantes do cronograma; a indicação numérica de cada unidade regularizada, quando houver; a listagem com nomes dos ocupantes que houverem adquirido a respectiva unidade, por título de legitimação fundiária ou mediante ato único de registro, bem como o estado civil, a profissão, o número de inscrição no cadastro das pessoas físicas do Ministério da Fazenda e do registro geral da cédula de identidade e a filiação.

O registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado será requerido diretamente ao oficial do cartório de registro de imóveis da situação do imóvel e será efetivado independentemente de determinação judicial ou do Ministério Público. Em caso de recusa do registro, o oficial do cartório do registro de imóveis expedirá nota devolutiva fun-

damentada, na qual indicará os motivos da recusa e formulará exigências nos termos desta Lei.

Na hipótese de a Reurb abranger imóveis situados em mais de uma circunscrição imobiliária, o procedimento será efetuado perante cada um dos oficiais dos cartórios de registro de imóveis. Quando os imóveis regularizados estiverem situados na divisa das circunscrições imobiliárias, as novas matrículas das unidades imobiliárias serão de competência do oficial do cartório de registro de imóveis em cuja circunscrição estiver situada a maior porção da unidade imobiliária regularizada.

O direito registral imobiliário, notadamente após a vigência da Lei nº 6.015/73, vem ganhando importância na área do direito das coisas, em decorrência do interesse comercial dos imóveis, principalmente os urbanos. O registro imobiliário, sem dúvida alguma, é o ramo que mais se destacou no âmbito dos registros públicos em geral, pela sua vinculação intrínseca com o direito de propriedade. Sendo uma área complexa, está a exigir estudos aprofundados por partes dos profissionais do direito que militam na área, pois são ilimitados os ilimitados problemas que podem ocorrer em relação ao domínio de um imóvel.

## 2. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO NO ASSENTO IMOBILIÁRIO

A retificação de registro imobiliário é uma ação de direito real, visando à tutela de um direito real e, conseqüentemente, o domínio decorrente do defeito existente no registro e finalmente, o seu reparo.

Na ação de retificação não há discussão da posse ou do domínio, o que se pretende é a retificação de um erro constante no registro. Caso ocorra impugnação fundamentada à pretensão do requerente, a ação de retificação torna-se contenciosa e segue-se o rito ordinário. Sabe-se que a retificação de erro constante da matrícula, registro ou averbação admite duas modalidades distintas, a administrativa e a contenciosa.

A retificação de registro no assento imobiliário promove um procedimento de correção ou alteração de informações em um registro, que não mais correspondem à realidade, ou foi acrescentado no registro por erro do oficial registrário. Este processo existe para corrigir erros evidentes

como, por exemplo, a escrita incorreta de um nome, ou alterar informações complexas como as divisas de um imóvel.

Há entendimento jurisprudencial neste sentido:

Ação de retificação de área. Divergência entre a realidade fática do imóvel e aquela estampada na matrícula que decorre de apossamento irregular do imóvel da apelante. Impossibilidade de se pretender a retificação. Questão a ser resolvida mediante juízo possessório ou com a transferência da propriedade da área excedente. Sentença mantida. Recurso desprovido (Apelação nº 0035475-64.2003.8.26.0405, rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 07.03.2017).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. Pedido que tem por objeto alteração em escritura de compra e venda registrada. Impossibilidade jurídica do pedido. Não sendo a hipótese de flagrante erro, descabe interferência judicial na manifestação de vontade dos contratantes. Precedentes da jurisprudência. Processo extinto sem resolução de mérito. Sentença confirmada. Recurso desprovido (Apelação nº 0020019-30.2006.8.26.0224, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Milton Carvalho, j. 22.08.2013).

Sabe-se que a retificação de erro constante da matrícula, registro ou averbação admite duas modalidades distintas, a administrativa e a contenciosa.

Podem ser retificados administrativamente, em princípio, os casos de: omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; indicação ou atualização de confrontação; alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais, cuidando para que a retificação não altere a conformidade física do imóvel; alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir de medidas perimetrais constantes no registro; reprodução de descrição de linha divisória de imóvel con-

frontante que já tenha sido objeto de retificação; inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, exigido despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas.

A Lei 6015, de 1973, distingue perfeitamente os casos de erro ou nulidade do registro, em si mesmo considerado, e as situações em que o erro se acha na fase de formação do próprio título, no que houve por traçar uma linha divisória. Quando o erro se encontra no registro, é sanável na forma indiciada no artigo 213 e seus parágrafos. Se há nulidade no registro, o mesmo é cancelado de acordo com o previsto nos artigos 214 ou 216, §1º parte, conforme o caso.

A retificação no caso de inserção ou alteração de medidas perimetrais de que resulte, ou não, alteração da área devida deverá ser feita a requerimento do interessado, instruído com planta e memorial descritivo assinado pelo requerente, pelos confrontantes e por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente conselho regional de Engenharia ou de Arquitetura ou urbanismo.

O Art. 216, ao prever que “O registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução” (Renumerado do art. 217 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975), permite que no caso exposto, Rubens deverá efetuar a retificação da área de seu imóvel mediante a Ação Judicial de Retificação.

Miguel Maria de Serpa Lopes, em seu livro *Tratado dos Registros Públicos*, entende que a ação de retificação de Registro de imóveis atende qualquer cidadão que tiver um direito sobre o imóvel ou sobre um direito imobiliário que não esteja inscrito ou que sofra um prejuízo em razão da inscrição de um ônus ou limitação inexistente, e ainda quando não ocupa um grau próprio de propriedade. Sendo assim, em conformidade com esta autora, o legitimado próprio da retificação de registro de imóveis é todo aquele que possui requisitos legais para tanto, porque está exercendo um direito de propriedade sobre o bem, de forma lícita.



### 3. DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E A LEGISLAÇÃO SOBRE A RETIFICAÇÃO DE ASSENTO IMOBILIÁRIO

As formas de apuração de infração administrativa disciplinar por parte dos notários e registradores estão configuradas nos artigos 31 a 38 da Lei 6935, de 1994, na qual informa que se os notários e oficiais de registros inobservarem a lei, a conduta ética, realizar cobrança indevida ou excessiva de emulmentos, violar o sigilo profissional, ficarão sujeitos a penalidades previstas em lei, tais como repreensão no caso de falta leve, multa, em caso de reincidência ou de infração que não configure falta mais grave; suspensão, em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave.

Como agente público que atua na órbita dos interesses privados mediante delegação do Estado, cumpre ao notariado exercitar suas atribuições profissionais com imparcialidade.

Esse profissional do direito atua, em qualquer circunstância, na qualidade de terceiro alheio e desinteressado tendo em vista a resolução preventiva de litígios, mediante aconselhamento e assessoramento jurídicos às partes que voluntariamente buscam o seu auxílio profissional. Não tem interesse pessoal específico em relação à manifestação de vontade, seja de índole econômica ou moral, à natureza e valor dos bens envolvidos na negociação, menos ainda na solução jurídica a ser proposta. Sua atuação profissional será qualificada unicamente pelo estudo e encaminhamento da solução jurídica mais adequada e eficiente que o caso apresentado aos seus cuidados.

Nesse aspecto, a função notarial guarda alguma semelhança com a judicatura. Notários e magistrados devem ser imparciais no exercício de suas atribuições (e competências, no caso dos magistrados). Mais do que dever funcional, trata-se de garantia constitucional devida às partes. Todavia, ao passo que o magistrado tem a prerrogativa legal de declarar-se espontaneamente suspeito – sob pena de vir a sofrer exceção nesse sentido –, nos casos e hipóteses previamente delimitados em lei (artigo 135, I a V, parágrafo único, CPC), a mesma faculdade não foi conferida ao notário em seu Estatuto Profissional.

Com efeito, a Lei 8935, de 1994, se limita a indicar as situações que ensejam incompatibilidades e impedimentos de sua atuação profissional (artigos 25 a 27), todas de natureza objetiva. Essa particularidade, decerto, agrava a responsabilidade ética e funcional do notário. Assim, não se pode admitir que emita um juízo qualificador de seu próprio e imediato interesse, devendo manter-se equidistante dos interesses em confronto.

Referido dever ético estende-se a causas de interesses de seus parentes mais próximos, cabendo ao direito normativo indicar os limites do impedimento. Além disso, deve ser imparcial, desconsiderando estimações puramente subjetivas (por exemplo, o temor de desagradar poderosos, a opinião pública, ou quando menos, a opinião publicada, mas também o desejo de prejudicar desafetos ou de contentar amigos, o interesse econômico etc.).

Nem o notário, nem o registrador, têm a faculdade de alegar-se suspeito, razão pela qual a circunstância de ter amigos e desafetos não o impedirá de atuar no procedimento notarial em que eles intervenham, sempre, contudo, que o faça segundo os ditames da lei e de sua reta consciência.

A imparcialidade consiste em dever instrucional e não apenas pessoal, seja do notário, seja do registrador. A imparcialidade não se confunde com neutralidade. Importante acentuar, nenhum juiz, ou notário, é neutro, nem deve sê-lo.

A Lei 8935, de 1994, traz também outros instrumentos que visam garantir a imparcialidade das atividades notarial e registral, tais como a obrigação de segredo profissional (artigo 30, VI, c/c artigo 31, IV) e a sistematização da responsabilidade do titular da delegação nas esferas administrativas, civil e criminal (artigo 22 a 24 e 31, I a V).

Isso reflete que o campo de atuação do notário situa-se fora da lide, o notário atua onde não há lide, de sorte que sua atividade possui traço marcadamente consensual. Tem por escopo evitar e prevenir lide futura, e na eventualidade de seu surgimento, sua precedente e qualificada atuação, como efeito reflexo, facilitará sua resolução, de modo mais célere e menos oneroso. Sendo assim, o fundamento do princípio da cautelaridade resulta, em última análise, da existência, em si mesma considerada, do direito notarial e, por consequência, da função que lhe é ínsita

e correlata: administração pública (intervenção do Estado), por meio de agente delegado, na esfera da realização voluntária, pacífica e qualificada do direito (interesses privados), de modo a prevenir (acautelar) lide futura.

#### 4. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA NO REGISTRO DE IMÓVEIS E O LIMITE DE ATUAÇÃO DOS OFICIAIS REGISTRADORES

Em conformidade com artigo 221 da Lei n° 6.216, de 30 de junho de 1975, que altera a Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, são admitidos registros de escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação; atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal; cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.

Em todas as escrituras e em todos os atos relativos a imóveis, bem como nas cartas de sentença e formais de partilha, o tabelião ou escrivão deve fazer referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório. As partes que, por instrumento particular, que celebrarem atos relativos a imóveis, ficam sujeitas a esta obrigação.

Nas escrituras, lavradas em decorrência de autorização judicial, serão mencionadas por certidão, em breve relatório com todas as minúcias que permitam identificá-los, os respectivos alvarás.

Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, as características, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância

métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro.

Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior. Em conformidade com o artigo 236 e 237, da referida lei, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado e ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro. A matrícula do imóvel promovida pelo titular do domínio direto aproveita ao titular do domínio útil, e vice-versa.

O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. Ao terceiro prejudicado é lícito, em juízo, fazer prova da extinção dos ônus, reais, e promover o cancelamento do seu registro. Se, cancelado o registro, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, poderá o credor promover novo registro, o qual só produzirá efeitos a partir da nova data. Além dos casos previstos nesta Lei, a inscrição de incorporação ou loteamento só será cancelada a requerimento do incorporador ou loteador, enquanto nenhuma unidade ou lote for objeto de transação averbada, ou mediante o consentimento de todos os compromissários ou cessionários.

A retificação no caso de inserção ou alteração de medidas perimetrais de que resulte, ou não, alteração da área devida deverá ser feita a requerimento do interessado, instruído com planta e memorial descritivo assinado pelo requerente, pelos confrontantes e por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente conselho regional de Engenharia ou de Arquitetura ou urbanismo.

É legítima a possibilidade de o oficial registrador recusar, eventualmente, o cumprimento de títulos judiciais. O controle da legalidade, da continuidade, da identidade e outros princípios que regem o sistema imobiliário, assim o exigem, inobstante a origem judicial do título,

compete ao oficial verificar se satisfaz aos requisitos legais, indispensáveis ao ingresso no registro imobiliário. Assim, é necessária análise da validade, legalidade e eficácia do título com exame dos vícios extrínsecos e intrínsecos.

Os títulos judiciais não escapam, só por força de sua origem, à qualificação própria do registrador imobiliário. Isto é, não se libertam da necessidade de se sujeitarem à observância dos princípios e normas de cunho formal que regem a atividade registral. Todo título, independentemente de sua origem, deve merecer qualificação própria, sob a ótica registrária, vedado seu ingresso nos assentamentos imobiliários se em desacordo com os princípios informativos da matéria, não implicando, isso, ofensa à coisa julgada.

A escritura pública é o instrumento notarial dotado de fé pública e força probante plena em que são acolhidas declarações sobre atos jurídicos ou declarações de vontade inerentes a negócios jurídicos para as quais os participantes devam ou queiram dar forma legal (artigo 215, caput, CC/02). Nas escrituras públicas relativas à imóvel que não possua matrícula, mas que possua transcrição no registro imobiliário, é necessário identificar precisamente o seu objeto, atentando-se para o princípio da especialidade objetiva, tratando-se de imóvel urbano construído, mediante referência a sua espécie, logradouro, número da edificação, número do lote de terreno e quadra, situação que mencione bairro, distrito, município, comarca estado da federação, área, dimensões, confrontações e designação cadastral, se houver.

O teor da função notarial envolve identificar atividades típicas e exclusivas praticadas pelo notário em razão de seu ofício: receber ou indagar a vontade das partes; prestar assessoria imparcial às partes como profissional do direito e conceder forma jurídica à vontade por elas voluntariamente manifestadas; autenticar e redigir o escrito que se converterá em instrumento público, observados os requisitos legais, dando-lhe forma pública, credibilidade e certeza jurídica quanto aos direitos nele contidos; exercer a presidência e a polícia jurídica dos atos praticados em razão do seu ofício; conservar o instrumento autorizado; expedir certidões do instrumento.

Tendo em vista esta função notarial, o procedimento da dúvida é admitido pela lei de registros públicos para adequar a atividade notarial aos princípios da técnica, cautelaridade, publicidade, imparcialidade e juridicidade, para não cometer erros em sua função.

A função notarial visa à produção de documentos e o que distingue os diversos sistemas resulta do tipo documental e da natureza e intervenção do agente notarial. Desta forma, de um lado, vivemos numa economia não estratificada, de mercado, pautada por relações sociais de alta complexidade, potencializada por agudas diferenças regionais e sociais específicas de uma República Federativa de dimensões continentais, no contexto de um mundo globalizado no qual informações, pessoas e negócios trafegam com velocidade, frequência e intensidade cada vez maiores.

De outro lado, os indivíduos e as empresas se veem conformados numa crescente teia de produções legiferantes pelo Estado, administrações direta e indireta, em seus três diferentes níveis (federal, estadual e municipal) e esferas (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), o que incrementa, de forma crescente, o grau de dificuldade das relações jurídicas. Assim, a prática de documentar as manifestações de vontade de maneira geral e os contratos em particular, mais do que bem-vinda, assume feição imperiosa. Contudo, para além de documentar tais atos, vinculando-se no tempo e no espaço, providência reforçada pela peculiar dinâmica social contemporânea, se faz necessário ainda revesti-los de segurança, no caso segurança jurídica, de forma a reduzir os riscos inerentes a toda produção documental na qual intervenham tão somente as partes interessadas e testemunhas que não sabem, na maior parte dos casos, exatamente o que estão testemunhando.

Essas condições, no conjunto, explicam e justificam a necessidade de intervenção notarial nos negócios jurídicos privados, seja naqueles em que a lei civil a exige como substância do ato, seja nos demais em que as partes espontaneamente desejam imprimir maior segurança, na medida em que a intervenção de um profissional do direito altamente preparado, especializado, imparcial e dotado de fé pública credencia o documento, qualificando-o pelo poder certificante em juízo e fora dele, pois, entre outros atributos, faz prova plena sobre os direitos e deveres

voluntariamente assumidos pelas partes interessadas, como igualmente atesta, em primeiro momento, a existência da manifestação de vontade, e mais, indo além, na medida em que assegura sua emissão livre de vícios, por aqueles que, verdadeiramente, são quem se apresentam a ser.

Assim, temos que no Brasil atividade notarial não é de base judicial, nem administrativa, pois se trata, como visto, de profissional do Direito que exerce em caráter privado e com independência a função pública delegada pelo Estado, por isso que não integra sua estrutura. Portanto, o notariado brasileiro está compreendido na classe do notariado profissional, tanto é conselheiro das partes, como confere poder certificante, derivado da fé pública que dispõe, aos atos por ele praticados nos exercícios de suas atribuições legais.

Os atos jurídicos em que predomina a natureza pessoal e que apenas indiretamente está vinculado à imóvel matriculado são submetidos ao registro imobiliário por disposição legal, dado que por via reflexa se relacionam ao imóvel registrado (artigo 177, LRP), providencia que se submete ao princípio da concentração. Assim, conforme o artigo 172 do LRP, “No registro de imóveis serão feitos, nos termos desta lei, o registro e averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *intervivos ou mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, que por sua validade em relação a terceiros, quer por sua disponibilidade”.

Temos no Brasil um sistema em que atribuímos ao registro um efeito constitutivo, todavia, sem se afastar da natureza causal do título que lhe originou. Trata-se de um sistema substantivo ou material. O registro está vinculado ao negócio jurídico de que teve origem, de modo que sua eficácia ou ineficácia desse negócio causal nele repercute. Dessa maneira, sendo nulo o negócio jurídico, deverá ser igualmente anulado o registro, ainda que por mero desdobramento lógico e natural (artigo 216 da LRP), pois não se decola de sua causa remota.

A contribuição dos notários e registradores, neste campo, pode e deve ser feita na jurisdição voluntária. Essa, por sinal, não é voluntária, nem jurisdição, dado que possui cunho tipicamente administrativo, que se identifica pela integração do Estado em negócios e situações jurídicas dos particulares, sempre tendo por escopo a defesa do interesse público,

ali revelado. É, em verdade, forma de administração pública de interesse privado.

Sendo assim, o Oficial Registrador atua essa legalidade em todos os atos de sua função, especialmente na qualificação dos títulos, de modo a conformar a segurança jurídica, estática e dinâmica. O tabelião, a partir de sua atuação profissional e imparcial, molda a segurança jurídica preventiva, pois confere fé pública às declarações de vontade e garante os resultados jurídicos desejados.

## CONCLUSÃO

Uma das mais importantes atribuições do registrador imobiliário é zelar com eficiência pela efetiva e real disponibilidade de área dos assentos admitidos em sua tábula, sob pena de propiciar o descrédito e a insegurança no registro público, desvirtuando a própria razão de sua existência. É certo que, por sua vez, que o princípio da legalidade é aplicável qualquer que seja a natureza do título apresentado perante a situação real, de sorte que a lei não faz qualquer distinção a respeito de sua origem, se judicial ou extrajudicial. Perante a Lei dos Registros Públicos, todos os títulos são iguais, sem distinção ou privilégios.

Perante o registro imobiliário, na verdade o mandado judicial não tem aquela força cogente que inúmeros magistrados, advogados, e inclusive, oficiais registradores lhe atribuem por olvidar, ou mesmo não admitir que a, exemplo do juiz, adstrito às normas processuais, o oficial público está vinculado a regras do ordenamento jurídico-registral. Ambos têm suas funções balizadas por diplomas infraconstitucionais, coplanares, porém distintos, e as normas jurídicas neles contidas não se excluem, mas complementam-se. No que tange ao oficial registrador, porém, o mandado judicial assume outra feição, pois não se limita ao exame e qualificação, podendo inclusive ser devolvido se irregular o título para os fins a que se destina. Por isso, se considera incoerente a pretensão de que o oficial imobiliário efetiva ato registral em desacordo com os princípios norteadores do registro de imóveis e com as regras do direito material e instrumental, pois os serviços de registros, por provisão constitucional, estão apenas sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, quanto aos atos praticados e não aos a



efetivar. O teor da função registral envolve identificar atividades típicas e exclusivas praticadas pelo Registrador em razão de seu ofício. Tendo em vista esta função notarial, o procedimento da dúvida é admitido pela lei de registros públicos para adequar a atividade notarial aos princípios da técnica, cautelaridade, publicidade, imparcialidade e juridicidade, para não cometer erros em sua função.

## REFERÊNCIAS

CAMARGO, Rodrigo Moreira. Retificação administrativa no Registro de Imóveis. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61970/retificacaoadministrativa-do-registro-de-imoveis>.

CASTELLO, Helvécio Duia. Retificação de Imóveis a nova sistemática adotada pela Lei 10931. Disponível em: <http://www.irib.org.br/obras/retificacao-deregistros-a-nova-sistematica-adotada-pela-lei-10-931>.

COURA, Bernardo Cesar. Direito Registral. O que é matrícula, registro e averbação. Disponível em: <https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/noticias/246078873/direito-registral-o-que-e-matricula-la-registro-e-averbacao>.

FERREIRA, Roberto Max. Levantamento da dúvida. Rotina de procedimento. Disponível em: <http://www.irib.org.br/obras/levantamento-da-duvida-rotina-deprocedimento-arts-198-a-204-da-lei-6015-73>.

GONÇALVES, Mariana. O que é suscitação de dúvida. Disponível em: <http://marianagoncalves.com.br/o-que-e-suscitacao-de-duvida/>.

GRUBER, Rafael Ricardo. Negócios Jurídicos Anuláveis na atividade notarial e registral. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?>.

HAGGE, Luis Antonio da Silva. Retificação do Registro Imobiliário e o Procedimento Instaurado com a Lei 10.931/2004. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia->

-daretificacao-do-registro-imobiliario-e-o-procedimento-instaurado-coma-lei-109312004,53136.html.

HUBER, Cloves. **O novo procedimento da ação de retificação no assento imobiliário**. Leme: BH Editora e Distribuidora. ISBN 978-85-88239-692.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Tratado dos Registros Públicos. **Brasília Jurídica**, 1996.

NOVAES, Ane Carolina. Suscitação de Dúvida no Registro de Imóveis. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, n. 128.

OLIVEIRA, Ronaldo Santos de. Procedimento de Dúvida. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9681/procedimento-de-duvida>. Acesso em: 23/04/2019.

RODRIGUES, Daniel Lago. Lei 13.097/15. Marco Legislativo no Direito Civil, Processual e Registral Imobiliário Brasileiro. Disponível em: <https://anoregse.org.br/artigo-lei-no-13-09715-marco-legislativo-nodireito-civil-processual-civil-e-registral-imobiliario-brasileiro-pordaniel-lago-rodrigues-2/>.

RODRIGUES, Marcelo Guimaraes. **Tratado de Registros e direito notarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00307-9.

SILVA, Edson Jacinto da. **Loteamento urbano**. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

VASSALO, Luiza Amaral. Do Registro público e do procedimento de suscitação de dúvida. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39179/do-registro-publico-e-doprocedimento-de-suscitacao-de-duvida>.

# A NECESSIDADE DE LEI PARA DEFINIR A DATA E A HORA DA MORTE ENCEFÁLICA

*Eduardo Lopes Machado*<sup>15</sup>

## INTRODUÇÃO

A morte como instituto jurídico, além de ser um fato natural, é tema extremamente complexo no estudo do Direito. Por muitos anos a morte decorrente da cessação das funções cardiorrespiratórias foi a única morte real conhecida e válida, tanto no Direito quanto na Medicina. Entretanto, o Século XX trouxe inovações tecnológicas que refletiram diretamente no mundo científico. Dentro desse contexto, surgiu o conceito de morte encefálica, que consiste na perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico, conforme definição do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Do outro lado da questão morte encefálica está o Direito, que, na maioria das vezes, vem a reboque das necessidades sociais, possibilitando que outras instituições façam as vezes dos legisladores para suprir uma necessidade que deveria ser regulada por meio de lei em sentido

---

15 Mestrando em Direito em Direito Público: Esfera Pública, Legitimidade e Controle pela Universidade FUMEC, Bacharel em Direito pela mesma Universidade e Especialista em Mediação e Gestão de Conflitos.

estrito. É o que ocorre com a determinação da data e hora da morte encefálica e que, atualmente, o assunto está regulado no art. 9º, da Resolução CFM nº 2.173, de 23 de novembro de 2017. No decorrer do artigo será demonstrado que o Conselho Federal de Medicina não possui competência para determinar o momento da cessação da vida, mesmo sendo morte encefálica, principalmente por meio de resoluções, que têm como objetivo regular a atividade médica, ou seja, com poderes intracorporativos.

Assim, por meio da metodologia de revisão bibliográfica e do método dedutivo, o presente estudo tem por objetivo demonstrar que não é competência do Conselho Federal de Medicina determinar data e hora da morte encefálica, pois somente a União pode legislar privativamente sobre o início e o fim da personalidade, pois se trata de tema afeto ao Direito Civil. Assim, cabe ao Congresso Nacional por meio de lei ordinária estabelecer o momento da morte encefálica: se ocorre no momento da constatação e atestação da morte encefálica ou em outro momento, como na retirada do coração para fins de transplantes.

## 1. A MORTE

O fenômeno morte é extremamente abrangente, e pode ser caracterizado sob diversos aspectos. Diferentemente do que se poderia pensar, em análise rápida sobre a questão, é que o fenômeno morte ficaria restrito a questões puramente biológicas, o que não é verdade. O fenômeno morte pode ser analisado sob o aspecto filosófico, biológico, religioso, jurídico dentre outros. Este artigo vai se limitar à questão da incompetência do CFM para determinar a data e a hora da morte encefálica.

Sob essa limitação na perspectiva de estudo, pode-se dizer que o sistema jurídico brasileiro adota dois critérios para a determinação da morte,<sup>16</sup> ou pelo menos o momento em que o fenômeno morte ocorre e que é o mais relevante para o sistema jurídico brasileiro: (i) a morte biológica ou real, que consiste no colapso do conjunto de funções vitais ou fun-

---

16 Este artigo não teve a pretensão de abranger as mortes fictas ou presumidas, restringindo o estudo à morte biológica ou real e à morte encefálica.

ções críticas;<sup>17</sup> (ii) a morte encefálica (ou morte cerebral), que consiste em considerar o cérebro como o órgão principal e condutor de todas as funções vitais ou críticas do organismo e que, com a sua falência, o funcionamento de todas as outras funções estariam inexoravelmente comprometidas.

## 1.1 A MORTE BIOLÓGICA OU MORTE REAL<sup>18</sup>

Pode-se dizer que se denomina como morte biológica ou morte real aquela na qual há o colapso simultâneo ou sequencial das funções críticas do organismo como um todo. Atualmente o conceito de morte leva necessariamente a perda irreversível do cérebro ou da função cardiorrespiratória – cérebro em ‘seu todo’ ou tronco cerebral,<sup>19</sup> conforme o país em questão (RODRIGUES FILHO; JUNGES, 2015, p. 486).

“A definição mais simples e tradicional de morte é aquela que considerava como a cessação total e permanente das funções vitais, e assim a lei admitia, sem procurar aprofundar em seus detalhes” (FRANÇA, 2017, p. 1438). Dessa maneira, a avaliação das funções vitais era fundamental para se determinar a morte ou não de determinada pessoa.

A morte é um cessar total e permanente das funções vitais, em determinado momento. Algumas características podem ser consideradas razões indiscutíveis de morte, tais como apontados a seguir: “a cessação dos fenômenos vitais, por parada das funções cerebral, respiratória e circulatória, e o surgimento dos fenômenos abióticos, lentos e progressivos,

---

17 Funções críticas são aquelas sem as quais o organismo não pode funcionar em seu todo, a saber, o controle da respiração e da circulação, a regulação homeostática, neuroendócrina e a consciência. A morte, portanto, significaria a perda irreversível de todas essas funções (RODRIGUES FILHO; JUNGES, 2015, p. 486).

18 Em todo o artigo o termo morte biológica é usado como sinônimo de morte real. Tais terminologias foram adotadas como sinônimas em contraposição ao termo morte técnica, que é usado para designar a morte encefálica.

19 Outro conceito bastante difundido é o de morte do tronco cerebral, sendo adotado, primeiramente, pela União Soviética (1971), Reino Unido (1976), Estados Unidos (1968), Portugal (1993) e Brasil (1996). Considera-se que o tronco cerebral é a parte específica do cérebro responsável por coordenar as funções básicas, tais como: respiração, deglutição e sono (MACEDO, 2016, p. 34-35).

que lesam irremediavelmente os órgãos e tecidos” (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012, p. 551).

A morte biológica ou morte real é o principal acontecimento para se determinar as consequências jurídicas da morte. Antes mesmo de entrar no assunto da denominada morte encefálica, que será tratado mais adiante, é importante destacar que, atualmente, somente a morte biológica ou morte real que vai ter repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, ficando a morte encefálica restrita à doação de órgãos. Ou seja, a regra é a morte biológica ou real para se determinar todas as consequências jurídicas da morte, secundariamente se tem a morte encefálica, que serve unicamente para fins de transplantes.

### 1.1.1 ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DA MORTE BIOLÓGICA OU REAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), quando trata das consequências jurídicas da morte, está tratando da morte biológica ou morte real da pessoa. Como exemplo, pode ser mencionado o princípio da *saísine*<sup>20</sup> previsto no art. 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002). Dessa forma, para que haja a efetiva transmissão aos herdeiros e legatários é necessária a morte real da pessoa, com a cessação de suas funções vitais, não bastando que a cessação se dê em apenas um determinado órgão, como ocorre na morte encefálica.

A questão que parece mais relevante quando se trata de morte biológica ou real é o fim da personalidade. O art. 6º do Código Civil vai dizer que “a existência da pessoa natural termina com a morte” (BRASIL, 2002). O art. 6º, lido isoladamente, poderia levar a crer que o legislador deixou em aberto a questão morte por não a qualificar de forma expressa. Assim, um incauto poderia argumentar que a morte encefálica pode ser considerada como o fim da personalidade, uma vez que a palavra

---

20 **SAISISNE.** *Termo francês.* Princípio pelo qual os herdeiros recebem a posse e a propriedade dos bens do de *cujus* no instante de sua morte, independentemente de qualquer formalidade (DINIZ, 1998, p. 233).

morte prevista no art. 6º do Código Civil não especifica qual tipo de morte determina o fim da personalidade.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser analisado como um sistema harmônico, sob o plano hermenêutico. Dessa forma, é que a leitura do art. 6º não pode ser feita fora do próprio sistema do qual o artigo faz parte. O Código Civil, em seu art. 9º, incisos I e IV, diz que “serão registrados em registro público: os nascimentos, os casamentos e os óbitos, [...], a sentença declaratória de ausência e de morte presumida” (BRASIL, 2002). Até 2007, por meio da Resolução CFM nº 1.826, de 24 de outubro de 2007, morte encefálica não podia ser levada a registro como se óbito fosse. A morte aceita era a morte biológica ou real, ficando a morte encefálica aguardando a morte real para o reconhecimento do óbito.

Um exemplo bem esclarecedor da predominância da morte biológica ou real no ordenamento jurídico brasileiro é a morte quando tratada sob a ótica do Direito Penal. O art. 121 do Código Penal diz “matar alguém” (BRASIL, 1940). A morte tratada no art. 121 do Código Penal é a morte biológica ou real, com a cessação das funções cardiorrespiratórias. A constatação da morte encefálica não dá suporte, por exemplo, para o Ministério Público denunciar como homicídio consumado, ficando no âmbito da tentativa. Assim, somente após a constatação da morte biológica ou real, com a cessação das funções cardiorrespiratórias, é que o Ministério Público poderá denunciar como homicídio consumado ou, se for o caso, aditar a denúncia que inicialmente era de homicídio tentado.

O ordenamento jurídico brasileiro, nos assuntos relacionados à morte, está baseado na morte biológica ou real, decorrência da cessação das funções cardiorrespiratórias. O exemplo trazido acima representa apenas uma das inúmeras consequências da morte no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto são consequências jurídicas que ocorrem com a constatação da morte biológica ou real e não com a morte encefálica.

## 1.2 A MORTE ENCEFÁLICA

Em passado não muito remoto, a morte era reconhecida somente por meio de critérios cardiorrespiratórios. Entretanto, os avanços nas

tecnologias empregadas na medicina possibilitaram a sustentação das funções cardiorrespiratórias em pacientes vítimas de danos neurológicos graves e irreversíveis (RODRIGUES FILHO; JUNGES, 2015, p. 486).

O conceito de morte cerebral foi concebido em 1959, na França. Antes de 1959 somente eram reconhecidos três tipos de coma: o *coma vigile*, *coma type* e o *coma carus*, que representavam, respectivamente, graus decrescentes de intensidade da consciência. Dois neurologistas franceses, Mollaret e Goulon, analisando os eletroencefalogramas e dados de vinte e três pacientes em coma, concluíram que existia um tipo de coma no qual constataram a abolição da vida de relação e da vida vegetativa, o *coma dépassé*<sup>21</sup> (GUÉRIT, 2004, p. 15; MACEDO, 2016, p. 33).

Os estudos de Mollaret e Goulon tiveram pouca repercussão na comunidade médica e científica. A evolução rápida da Medicina aliada aos avanços da tecnologia passou a permitir o que até então era impraticável: o transplante de órgãos. Em 1967 foi realizado, com sucesso, o primeiro transplante de coração.<sup>22</sup> Foi o início de uma nova era na Medicina. Por outro lado, passou a ser necessário a formulação de um novo conceito de morte que viabilizasse o aumento na doação de órgãos. E é nesse sentido que surge o artigo: “Uma Definição de Coma Irreversível” – Relatório do Comitê *Ad Hoc*<sup>23</sup> da Escola de Medicina de Harvard para Examinar a Definição de Morte Cerebral<sup>24 25</sup> (*The Journal of the American*

21 O trabalho de Mollaret e Goulon intitulava-se *The depressed coma: preliminary memoir*, foi publicado na revista *Neurol*, de Paris, no ano de 1959 (BRASIL, 2017).

22 O primeiro transplante cardíaco homólogo ortotópico em humanos foi realizado com sucesso em 3 de dezembro de 1967, no Hospital Groote Schuur, na Cidade do Cabo, na África do Sul, pelo cirurgião cardiovascular Dr. Christiaan Neethling Barnard (SILVA, 2008, p. 145).

23 **AD HOC**. Locução latina. 1. Para isto; para fim determinado; somente para certo ato. 2. Designa pessoa nomeada, em caráter transitório, para exercer uma função determinada (DINIZ, 1998, p. 102).

24 Tradução livre de: *A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*.

25 O Comitê *Ad Hoc* era composto por Henry K. Beecher, presidente do comitê, Raymond D. Adams, A. Clifford Barger, William J. Curran, Derek Denny-Brown, Dana L. Farnsworth, Jordi Folch-Pi, Everett I. Mendelsohn, John P. Merrill, Joseph Murray, Ralph Potter, Robert Schwab e William Sweet (BEECHER et al., 1968).



*Association*, 1968), publicado em 1968. O relatório, que não cita os estudos de Mollaret e Goulon, definiu os critérios de diagnóstico de morte encefálica: não resposta à estímulos externos, nenhum movimento muscular ou reflexo, incapacidade respiratória e o resultado do eletroencefalograma, que deve ser plano, ou seja, sem corrente elétrica (BEECHER, 1968, p. 85; MACEDO, 2016, p. 33–34).

As questões mais controversas sobre o Comitê e o relatório produzido são: (i) o Comitê, *ad hoc*, não representava a comunidade científica mundial. O relatório produzido não se tratava de um estudo científico aprofundado para a determinação de critérios definidores da morte encefálica; (ii) a determinação de critérios definidores da morte encefálica foi marcadamente utilitarista. A evolução das técnicas de transplantes de órgãos abriu uma porta de oportunidades nunca antes imaginadas na história da humanidade. Porém, era preciso a captação de órgãos viáveis para isso e a morte biológica ou real, que tinha como critério da cessação das funções cardiorrespiratórias, restringia significativamente a captação de órgãos viáveis para transplantes; (iii) a partir da publicação do relatório, muitos países passaram a adotar tais critérios de determinação da morte encefálica em seus procedimentos médicos. Entretanto, os critérios não foram uniformes em todos os países, até mesmo porque o relatório produzido pelo Comitê de Harvard, que não estava baseado em nenhum estudo anterior específico do assunto, não vinculava, podendo os países incluir, alterar ou suprimir os critérios estabelecidos no relatório.

### 1.2.1 A MORTE ENCEFÁLICA NO BRASIL

Como já mencionado anteriormente, o diagnóstico de morte encefálica tem direta relação com o transplante de órgãos. No Brasil a situação está estabelecida no art. 199, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), estabelece que “a lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento [...]” (BRASIL, 1988). Como é de se notar a CRFB/88 delegou para a lei ordinária a regulamentação sobre transplantes, que, inevitavelmente, abrange a questão da morte encefálica.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, vai regulamentar o § 4º, do art. 199 da CRFB/88. Inicialmente essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Após vinte anos de vigência do Decreto nº 2.268/97, ele foi expressamente revogado pelo Decreto nº 9.715, de 18 de outubro de 2017, que está atualmente em vigor. Apesar de todo esse conjunto normativo desenvolvido ao longo dos anos, nenhum deles, nem mesmo a Lei nº 9.434/97, dispôs sobre a determinação da data e a hora da morte encefálica.

O art. 3º, da Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, atribuiu ao CFM a competência para a definição dos critérios clínicos e tecnológicos da morte encefálica:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1997).

A partir dessa atribuição de competência dada ao CFM para definir os critérios clínicos e tecnológicos da morte encefálica, foram editadas quatro resoluções no período pós CRFB/88:

1. Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991 - essa resolução é anterior à Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997;
2. Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997;
3. Resolução CFM nº 1.826, de 24 de outubro de 2007;
4. Resolução CFM nº 2.173, de 15 de dezembro de 2017.

Essas resoluções representam a evolução, no cenário nacional, dos critérios de determinação da morte encefálica. Dessa maneira, é importante a análise de cada uma delas, como será feito a seguir.

### 1.2.1.1 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.346, DE 8 DE AGOSTO DE 1991 (REVOGADA)

Essa resolução se insere em um contexto histórico no qual inexistia lei regulando a questão dos transplantes prevista na CRFB/88, ou seja, entre a promulgação da CRFB/88, em 5 de outubro, e a regulação legislativa, ocorrida em 4 de fevereiro de 1997, foram mais de oitos anos sem a lei que regulamentasse o § 4º, do art. 199, da CRFB/88. A dinâmica da sociedade frente à nova Constituição não permitiu que por falta legislativa os transplantes de órgãos ficassem aguardando a boa vontade e a mora do Poder Legislativo. Dentro desse contexto histórico, o CFM editou a Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991. Foi uma medida *forçada*, mais no sentido da necessidade do que no sentido da coação, para que pudesse viabilizar os transplantes de órgãos sem que os envolvidos na retirada respondessem por prática de crime.

No preâmbulo da Resolução CFM nº 1.346/91 está expresso: “O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 1958; [...]” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991) (grifos no original). Ocorre que a mencionada Lei nº 3.268/57 não atribuiu competência ao CFM para a definição dos critérios de determinação da morte encefálica. Essa inconsistência normativa não vai mais se repetir nas três outras resoluções posteriores à Lei nº 9.434/97, pois em seu art. 3º o legislador atribui ao CFM a determinação de critérios clínicos e tecnológicos para o diagnóstico da morte encefálica.

Estruturalmente a Resolução CFM nº 1.346/91 está assim dividida: um preâmbulo, mencionado no parágrafo anterior; quatro considerações ou considerandos; e quatro princípios<sup>26</sup>. O primeiro considerando vai trazer “que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, **conforme já estabelecido pela comunidade científica**

---

26 A referida resolução elenca cinco princípios, que, tecnicamente, são os critérios a serem adotados para a determinação da morte encefálica. Ocorre que o “princípio” trazido no número 5 é: “Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”, o que, efetivamente, não passa de um equívoco redacional.

**mundial;**” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991, grifos nossos). A interpretação da parte em destaque passa a ideia de unanimidade, ou quase isso, de uma comunidade científica mundial. Ocorre que, como já foi dito neste artigo, inicialmente, a determinação dos critérios de morte encefálica foi feita por um grupo restrito de pessoas, que, de forma alguma, representava a comunidade científica mundial. O segundo considerando vem trazendo argumentos de ordem econômica e psicológica: “o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991). Já o terceiro considerando acaba sendo uma complementação do segundo, justificando-o: “a necessidade de judiciosa indicação e interrupção do emprego desses recursos;” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991).

Importante destacar que o quarto considerando parece ser o mais polêmico de todos ao afirmar “a necessidade de se adotar critérios para constar, **de modo indiscutível**, a ocorrência da morte;” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991, grifos nossos). Por evidente que a resolução teve como fundo de sua criação a discussão sobre o momento da morte, ou melhor, colocou, ou pelo menos tentou colocar, um marco no qual a pessoa poderia ser considerada morta. O quinto e último considerando desta resolução vai dizer “que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 2 anos;” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1991).

A Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991 é a mais sucinta de todas as resoluções editadas pelo CFM após a CRFB/88 e que trata dos critérios que devem ser observados para a determinação da morte encefálica. É importante destacar que os critérios da Resolução CFM nº 1.346/91 estão muito próximos àqueles critérios determinados no relatório do Comitê *Ad Hoc* da Escola de Medicina de Harvard em 1969. A Resolução CFM nº 1.346/91, uma resolução lacônica e que em seu texto não tem qualquer menção da determinação da data e a hora da morte encefálica. Foi expressamente revogada pela Resolução CFM nº 1.480/97, que será analisada no próximo tópico.

### 1.2.1.2 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.480, DE 21 DE AGOSTO DE 1997 (REVOGADA)

A Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, expressamente revogou a Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991, ou seja, a primeira resolução teve vigência durante seis anos e vinte dias. A Resolução CFM nº 1.480/97 está assim estruturada: epígrafe, preâmbulo, seis considerações ou considerandos e dez artigos.

A ementa, a resolução anterior não possuía ementa, da Resolução CFM nº 1.480/97 vai dizer que “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997). Inicialmente se percebe a preocupação com a superação das lacunas existentes na resolução revogada, já que na própria ementa da resolução trouxe elementos específicos para o diagnóstico de morte encefálica que não existiam na resolução anterior.

As considerações ou considerandos, de modo geral, repetiram as que já estavam dispostas na Resolução nº 1.346/91, com exceção do primeiro considerando que vai trazer o fundamento legal para que o CFM edite resolução definidora dos critérios de morte encefálica e do último considerando, que vai dizer “que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997), ou seja, a inaplicabilidade dos critérios para avaliação de morte encefálica é reduzida de 2 anos de idade e passa a ser 7 dias e prematuros.

Nota-se, na Resolução CFM nº 1.480/97, maior preocupação com a definição dos critérios utilizados para a determinação da morte encefálica. O art. 1º vai especificar que “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

A Resolução CFM nº 1.480/97 apresentou uma evolução metodológica na avaliação dos critérios que determinam a morte encefálica. A Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991, era demasiadamente

lacônica e seu conteúdo se aproximava dos critérios definidores de morte encefálica definidos pela Comissão *Ad Hoc* da Escola de Medicina de Harvard no ano de 1969. Ao contrário da Resolução CFM nº 1.346/91 a Resolução CFM nº 1.480/97 teve maior preocupação com o detalhamento do procedimento de constatação de morte encefálica.

### 1.2.1.3 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.826, DE 24 DE OUTUBRO DE 2007 (EM VIGOR)

A Resolução CFM nº 1.826, de 24 de outubro de 2007, já na sua ementa vai dizer que “dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2007). A mencionada resolução foi criada para dar legalidade ao que é popularmente conhecido como “desligar os aparelhos” da pessoa não-doadora de órgãos. Por evidente, essa legalidade de suspensão dos suportes terapêuticos não pode ser dada por meio de resolução. O CFM extrapolou a competência dada pelo art. 3º, da Lei nº 9.434/97, que se restringe aos critérios clínicos e tecnológicos de determinação da morte encefálica.

Nessa mesma resolução o CFM vai determinar em seu art. 2º que “a data e a hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2007). Com a edição desse artigo, o CFM criou dois momentos para a morte encefálica: (i) para o não-doador de órgãos, que é a data e a hora da constatação da morte encefálica, mesmo que suas funções cardiorrespiratórias venham a cessar horas ou dias depois; (ii) para o doador de órgãos, que ficou sem definição na resolução.

As resoluções são atos normativos extremamente limitados. É inconcebível que tal instrumento normativo determine o momento da cessação da vida. A determinação da cessação da vida, que é sinônimo do fim da personalidade, é de competência privativa da União, que somente por meio de lei em sentido estrito pode tratar sobre o assunto, já que é matéria afeta ao Direito Civil, conforme art. 22, I, da CRFB/88.

#### 1.2.1.4 RESOLUÇÃO CFM Nº 2.173, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2017 (EM VIGOR)

A Resolução CFM nº 2.173, de 23 de novembro de 2017, é a mais completa das três resoluções analisadas. Essa resolução, assim como a anterior, já foi desenvolvida com base no fundamento legal do art. 3º, da Lei nº 9.434/97 e no Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017, que revogou o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997.

Ainda em seus considerandos, a Resolução CFM nº 2.173/17 define “que a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico, caracteriza a morte encefálica e, portanto, a morte da pessoa;” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Como dito anteriormente, a Resolução CFM nº 2.173/17 é a mais completa das resoluções tratando do assunto morte encefálica após a CRFB/88. Os artigos da Resolução CFM nº 2.173/17 decorrem de uma revisão e aperfeiçoamento da Resolução CFM nº 1.480/97, que é considerado um marco ético e legal para o diagnóstico de morte encefálica. Segundo a exposição de motivos da Resolução CFM nº 2.173/17, “as normas adotadas no Brasil pela Resolução CFM nº 1.480/97 incorporaram os procedimentos internacionais com maior grau de rigidez e segurança” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Por outro lado, a Resolução CFM nº 1.480/97 se limitou a estabelecer o Termo de Declaração de Morte Encefálica, art. 8º, documento que não se confunde com a Declaração de Óbito. Já a Resolução CFM nº 1.826, de 24 de outubro de 2007, que dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador, em seu art. 2º determina que “a data e hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2007).

Não bastasse a confusão criada pela Resolução CFM nº 1.826/2007, o Conselho Federal de Medicina na Resolução CFM nº 2.173/17 em seu art. 9º determina:

**Art. 9º** Os médicos que determinaram o diagnóstico de ME ou médicos assistentes ou seus substitutos deverão preencher a DECLARAÇÃO DE ÓBITO definindo como data e hora da morte aquela que corresponde ao momento da conclusão do último procedimento para determinação da ME.

**Parágrafo único.** Nos casos de morte por causas externas a DECLARAÇÃO DE ÓBITO será de responsabilidade do médico legista, que deverá receber o relatório de encaminhamento médico e uma cópia do TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017) (grifos no original).

Nesse art. 9º o CFM mais uma vez extrapolou a competência dada pela Lei nº 9.343/97. Além de confirmar a data e hora da morte trazido pelo art. 2º da Resolução CFM nº 1.826/07, ampliou para doadores de órgão a data e a hora da morte a constar na Declaração de Óbito o momento de conclusão do último procedimento para a determinação da morte encefálica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade do sistema jurídico brasileiro é possível vislumbrar duas modalidades de morte real: a morte em decorrência das perdas das funções cardiorrespiratórias e a morte encefálica, também chamada de morte técnica. Porém, quase todo o ordenamento jurídico brasileiro está construído sob o conceito de morte como a morte em decorrência da cessação das funções cardiorrespiratórias, ficando a morte encefálica restrita à sua finalidade utilitarista.

A inexistência de lei que estabeleça a data e a hora da ocorrência da morte encefálica acarreta grande insegurança jurídica. A competência para legislar sobre o início e o fim da vida, ou da personalidade, é privativa da União (art. 22, I, da CRFB/88), pois se trata de matéria relacionada ao Direito Civil. Mesmo que, hipoteticamente, o CFM pudesse determinar por meio de resoluções o momento em que ocorre o fim



da vida, outras questões consequenciais à morte ficariam em um limbo jurídico sem solução.

É preciso que a questão da data e hora da morte encefálica seja determinada por lei, lei em sentido estrito. E que, igualmente, as suas consequências sejam definidas em lei, também em sentido estrito, seja no âmbito do Direito Civil, Penal, Tributário, dentre outros ramos do Direito.

## REFERÊNCIAS

BEECHER, Henry K. *et al.* A definition of irreversible coma: report of ad hoc committee of the harvard medical school to examine the definition of brain death. **JAMA: The Journal of the American Association**, [S.L.], v. 205, n. 6, p. 85-88, ago. 1968. Disponível em: <https://hods.org/English/h-issues/documents/ADefinitionofIrreversibleComa-JAMA1968.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997**. Revogado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/D2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de

transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 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: 23 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.346, de 8 de agosto de 1991**. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 17 out. 1991. Seção 1, p. 22731. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1991/1346\\_1991.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1991/1346_1991.pdf). Acesso em: 24 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.480/1997**. Publicada no D.O.U. de 21 de agosto de 1997, Seção I, p. 18.227-8. (Revogada – Resolução CFM nº 2.173/2017). A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.346/1991. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480>. Acesso em: 23 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.826/2007**. Publicada no D.O.U. de 06 de dezembro de 2007, Seção I, pg. 133. Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826\\_2007.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826_2007.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.173/2017**. Publicado no D.O.U. de 15 de dezembro de 2017, Seção I, p. 274-6. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173>. Acesso em: 23 set. 2022.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988. 4 v.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GUÉRIT, Jean-Michel. The Concept of Brain Death. **Advances In Experimental Medicine And Biology**, [S.L.], p. 15-21, 2004. Springer US. [http://dx.doi.org/10.1007/978-0-306-48526-8\\_2](http://dx.doi.org/10.1007/978-0-306-48526-8_2). Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-0-306-48526-8\\_2#citeas](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-0-306-48526-8_2#citeas). Acesso em: 23 set. 2022.

MACEDO, Juliana Lopes de. As regras do jogo da morte encefálica. **Revista de Antropologia**, São Paulo, 59(2), p. 32-58, ago. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/121932/120080>. Acesso em: 23 set. 2022.

RODRIGUES FILHO, Edison Moraes; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 23, n. 3, p. 485-494, dez. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233085>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/cdGjqF7RzJsLLqYg85tnHGt/?lang=pt>. Acesso em: 23 set. 2022.

SILVA, Paulo Rodrigues da. Transplante cardíaco e cardiopulmonar: 100 anos de história e 40 de existência. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**, [S.L.], v. 23, n. 1, p. 145-152, mar. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-76382008000100027>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbc->

cv/a/PSdhWGk8gZvVH7HLWthXmLh/?lang=pt. Acesso em: 24 set. 2022.

SOUZA, Daniel Ribeiro Soares de; TOSTES, Priscilla Passarelli; SILVA, Alexandre Sousa. Morte Encefálica: conhecimento e opinião dos médicos da unidade de terapia intensiva. **Revista Brasileira de Educação Médica**, [S.L.], v. 43, n. 3, p. 115-122, jul. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1981-52712015v43n3rb20180122>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/gqcggLqY5qz4WtPhKcKHV3w/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 set. 2022.

# O REGISTRO DA PESSOA NATURAL GERADA NO ÚTERO EM SUBSTITUIÇÃO E O PROVIMENTO 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

*Gustavo Melo Franco Vieira*<sup>27</sup>

## INTRODUÇÃO

Nada é mais assustador a um jurista do que uma pessoa sem registro. É um fantasma pairando no mundo natural com o qual não se sabe como lidar. O único e imediato conselho é providenciar o seu devido e necessário registro de nascimento, que é seu documento mais elementar e essencial, sem o qual a pessoa não é um indivíduo. Sem individualidade, dilui-se na mais primitiva e bruta humanidade, deixando de ser pessoa, ao menos para o mundo dos direitos.

Este trabalho tem a finalidade de explicar como fica a situação do registro civil da criança que nasce de um útero em substituição, conhecido por leigos, através da mídia sensacionalista e dos bates papos informais, como *barriga de aluguel*. O método, superficialmente falando, con-

---

27 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), especialista em Direito Notarial e Registral e Titular do Ofício do Registro Civil e Tabelionato de Notas de Baiões da cidade de Formiga/MG.

siste na realização de uma fertilização *in vitro*, e após a geração da criança, a mulher “barriga de aluguel” entrega a criança aos pais que a colocaram nesse papel, ou seja, aqueles que deram início ao procedimento buscando gerar seu próprio filho.

Normalmente, a legislação civil e a Lei de Registros Públicos presumem a maternidade daquela que deu à luz a criança. Todavia, será analisado se esse critério se aplica ou não no caso em questão, uma vez que aquela que retirou o óvulo para fecundar e que deu início ao procedimento para gerar seu filho, não será a mesma que irá carregar o embrião.

Simples afirmativas do interessado ou de testemunhas não servem para comprovar a paternidade, pois seria equivalente a possibilitar que o próprio interessado criasse uma situação de estado de família acomodada a seus interesses. Portanto, diante desses casos em que a vida real surpreende a legal, encontrando lacunas, será abordado como ficará o registro civil da criança no útero em substituição, ressaltando os principais pontos inerentes ao tema.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e da metodologia pautada na técnica de revisão bibliográfica, com a análise de artigos, livros, dissertações e teses que tangenciam as análises aqui propostas, disponíveis de modo físico ou virtual.

## 1. NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO CIVIL E A SUA IMPORTÂNCIA NA SOCIEDADE

O registro civil “consiste na atividade do oficial de registro ou de um de seus prepostos assentar, em livro próprio, o nascimento com vida de uma pessoa natural, tendo como finalidade primordial tornar público o nascimento ocorrido, sendo obrigatório para todos os nascimentos ocorridos no território nacional”.

O Estado brasileiro se manifesta por dispositivos documentais, o que inclui carteira de identidade, carteira de trabalho, título de eleitor, cartão de contribuinte, carteira de reservista e carteira de motorista, desempenhando, assim, uma “instância conferidora de cidadania e de dignidade social”.

A modalidade brasileira de cidadania seja uma cidadania outorgada, legitimada, controlada e conferida pelo Estado, que se expressa materialmente por meio de uma série de documentos, entre eles as certidões emitidas via Ofícios, entre elas a de nascimento.

Os registros civis trazem informações sobre o cidadão que irão lhe direcionar por toda sua existência, muitas delas protegidas pelo Princípio da Dignidade humana, como por exemplo, o direito ao nome.

Tanto no aspecto público quanto no privado, ressalta-se o caráter do nome como o principal elemento de individualização da pessoa. É o Registro Civil das Pessoas Naturais que dá concreção e efetividade a esse direito, preservando-o e publicizando-o, para que todos tenham conhecimento do nome e, assim, respeitem esse direito.

Os referidos livros dos Ofícios Cíveis das Pessoas Naturais são alterados constantemente, pois recebem novas informações ou são retificados, sempre preservando informações relevantes de todos os cidadãos.

Para que seja efetuado o registro civil de nascimento da criança, é necessária a apresentação de alguns documentos, como, por exemplo, o documento de identidade de quem declara o nascimento. Todavia, “Além do documento de identificação do declarante, deve ser apresentada a declaração de nascido vivo, consistente em formulário [...] preenchido pelos funcionários das maternidades, sendo necessário também necessário a filiação e sua prova”.

O assento do nascimento poderá ser feito por meio de declaração verbal dos interessados, ou ainda, com base na declaração escrita de nascimento para registro iniciado na maternidade, ou ainda, por ordem judicial, mediante mandado judicial expedido pelo Juízo da Vara de Infância e Juventude diretamente para o Cartório de Registro Civil competente para efetuar o registro de nascimento.

A partir dessas considerações verificaremos qual o procedimento tradicional utilizado para a realização do registro de nascimento, a Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos determina em seu artigo 50 que:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias,

que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório. § 1º Quando for diverso o lugar da residência dos pais, observar-se-á a ordem contida nos itens 1º e 2º do art. 52. § 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios. § 3º Os menores de vinte e um (21) anos e maiores de dezoito (18) anos poderão, pessoalmente e isentos de multa, requerer o registro de seu nascimento. § 4º É facultado aos nascidos anteriormente à obrigatoriedade do registro civil requerer, isentos de multa, a inscrição de seu nascimento. § 5º Aos brasileiros nascidos no estrangeiro se aplicará o disposto neste artigo, ressalvadas as prescrições legais relativas aos consulados (BRASIL, 1973).

Como se vê através da explicitação do artigo da lei de registros públicos, era uma época em que havia enorme dificuldade em ter acesso aos Ofícios, pois até mesmo os meios de transportes eram escassos, como se nota pelo prazo ampliado quando a serventia está 30 quilômetros de distância da residência dos pais, nessa época, também não havia meios digitais que facilitasse os registros.

Tamanha a importância do registro de nascimento, que o próprio direito a este foi elevado ao status de direito humano, sendo reconhecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966: “Artigo 24 - §2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome” (BRASIL, 1992). Reforçado pela Convenção para os Direitos da Criança: “Artigo 7º - A criança será registrada imediatamente após seu nascimento” (BRASIL, 1990).

A Lei n. 9.534/97 garantiu a gratuidade universal, incluindo o registro de nascimento, o assento de óbito e as primeiras vias de suas certidões (BRASIL, 1997) entre os atos contemplados pelo artigo 5º, LXXVII, da Constituição da República, segundo o qual “são gratuitos (...), na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania” (BRASIL, 1988).

São várias as legislações, pátria e de cunho internacional, que resguardam o Direito da pessoa em ser registrada, tornando público seu nascimento e lhe conferindo existência.



## 2. CONCEPÇÃO MODERNA DE FAMÍLIA: A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A reprodução humana pode ser definida como a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com os problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

O uso das modernas técnicas de reprodução assistida vem se popularizando de modo a assegurar a todos o direito de ter filhos, constituir família, sem que para isso precise ter um par. As pessoas do mesmo sexo que mantêm uniões homoafetivas, mesmo sendo inférteis enquanto casal, têm acesso a esses procedimentos. Inexiste qualquer vedação legal ou ética que impeçam gays e lésbicas de contarem com o auxílio de clínicas de fertilização para gerarem filhos.

Existem diversas técnicas de reprodução humana assistida, e elas podem ocorrer por duas formas distintas, que são: a forma homóloga, que é quando o esperma e o óvulo usados na técnica são do casal que desejam ter o filho; e a heteróloga, quando é necessário a utilização de material genético de uma outra pessoa, porque o casal ou um dos sujeitos não tem ou não se pode utilizar seu material genético. Nesses casos, podem ser empregados: o sêmen do doador e o óvulo da mulher paciente; sêmen do homem paciente e óvulo da doadora; ou pode ser implantado, no útero da mulher paciente, embrião doado por outro casal.

Uma vez estabelecidos alguns pontos importantes em relação à reprodução assistida, será abordado a gestação por substituição, cujo registro é o tema do presente artigo.

A expressão *barriga de aluguel* já foi até tema de novela e é cercado de questões éticas e culturais. A gestação por substituição consiste na utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião em seu útero, durante o período da gestação, diante da comprovada impossibilidade física de outra mulher em suportar o período gestacional, mesmo possuindo óvulos capazes de gerar um bebê. Assim, podemos afirmar que a gestação por substituição, também denominada popularmente como *barriga de aluguel*, se origina da reprodução humana assistida vez que para a sua realização é necessário o uso de uma das técnicas de

reprodução humana artificial, implantando o embrião no útero de outra mulher que empresta seu útero para que a criança seja gerada e após seu nascimento, entregue aos pais.

Se muitas sempre foram as dúvidas quanto à identificação da paternidade, a certeza da maternidade sempre foi absoluta. Até há antigo ditado que retrata este fato: Os filhos das minhas filhas, meus netos são; os filhos dos meus filhos, serão ou não? Porém, os avanços científicos no campo da engenharia genética não mais autorizam a singela resposta: Mãe é aquela que carrega o filho ao ventre.

O fato de uma mulher parir uma criança não significa que seja ela a mãe. A gestação por substituição – a conhecida barriga de aluguel – permite que o óvulo de uma mulher seja fecundado por meio de concepção *in vitro* e implantado no útero de outra, que leva à gestação até o nascimento.

Nesse procedimento de gestação por substituição, envolve a procriação com a participação de duas mães, a mãe biológica e a que deseja a criança, vale ressaltar que nesses casos, são constantes as indagações de ordem ética, moral e principalmente, muitos são os questionamentos a respeito do estabelecimento da filiação.

Diante disso, surgem diversos questionamentos, inclusive jurídicos, entre eles o da definição da maternidade da criança que será gerada. A maternidade da criança pode ser objeto de disputa em uma ação judicial entre gestante e mãe biológica, ou também pode se ter um conflito negativo, onde, ambas as mães rejeitam o filho, todavia, o que é mais comum é o conflito positivo, em que ambas querem ficar com o filho.

A tendência em matéria de filiação é pautada no princípio da socioafetividade em detrimento da paternidade biológica, e também do interesse do menor e da supremacia do seu bem-estar, hoje condizentes com a principiologia do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990).

Em 16.01.2013, o STF reconheceu a repercussão geral do tema que discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Para Maria Berenice Dias, ao se falar de filiação, tem muito mais prestígio a filiação afetiva, ingrediente que vem impondo uma releitura sobre a responsabilidade parental. Adoção à brasileira, posse de estado de

filho, filiação socioafetiva são termos que revelam novas realidades e não mais podem ser desconhecidas na identificação dos vínculos familiares. A doutrina, inclusive, cunhou uma distinção. Genitor é o que só participa da concepção com material genético, enquanto pai é aquele que desempenha as funções paternas, o que cria, o que dá amor (DIAS, 2013).

O ordenamento jurídico atual estabelece três formas de maternidade que são: a biológica, a atribuída a gestante ou ainda pelo critério socioafetivo. Pelo sistema tradicional, a mãe é aquela que dá à luz e o pai é aquele que mantém relações sexuais com a mãe, quase sempre, seu marido.

Assim, podemos afirmar que a atribuição da maternidade à gestante é regra geral, presumindo a maternidade de quem deu à luz, conforme previsão na Lei de Registro Público, artigos 52 §1º e 54 §7º, todavia, como toda regra tem suas exceções, essa não será diferente, principalmente em se falando em gestação por substituição, tendo em vista a pluralidade de mães. Isso, porque a cessão temporária do útero altera as aplicações das presunções de paternidade e maternidade (BRASIL, 1973).

Portanto, diante das lacunas da lei, uma vez que inexistente legislação específica versando sobre o tema, só restará ao julgador analisar o caso concreto fundamentado sua decisão nos princípios gerais do direito de família e privilegiando o melhor interesse da criança envolvida.

### 3. ANÁLISE REGISTRAL DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A atribuição maternidade jurídica da criança originada por meio de gestação de substituição é certamente um ponto bastante complicado e que deve ser tratado com todo o cuidado, levando em consideração diversos fatores, como o planejamento familiar, a socioafetividade, a dignidade da pessoa humana e principalmente o melhor interesse da criança.

Em relação à declaração de nascido vivo nos casos de gestação de substituição, é importante salientar que a referida declaração é expedida em nome da gestante, no entanto, nem sempre aquela será a mãe biológica da criança, o que resulta em dificuldades efetuar-se o registro civil de nascimento da criança, sendo necessária intervenção judicial para a

resolução da controvérsia, por meio da ação judicial cabível, em caso de negativa do registro pelo Oficial de Registro Civil, diante da ausência de declaração de nascido vivo, ou de esta ter sido expedida em nome de outrem, como é o caso da gestação de substituição.

Como a legislação civil é omissa em relação à gestação por substituição, em relação à paternidade e maternidade da criança gerada por meio de gestação por substituição para fins de registro, há entendimento de que está será estabelecida a partir da definição de quem será a mãe para fins jurídicos, uma vez que em se tratando de mulher casada, haverá presunção de paternidade do seu marido, equiparando-se as hipóteses de reprodução assistida para esses efeitos.

No que diz respeito ao registro civil na gestação por substituição, Maria Berenice Dias extrai julgado da Comarca de São Paulo:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar aquela que também desejou o filho – o que não necessariamente é a mãe genética – o direito de figurar no seu registro. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade. (Processo 2006.14.424-0, 2ª Vara de Registros Públicos, Comarca de São Paulo, j. 10.05.2006, Juiz Marcio Martins Bonilha Filho) (DIAS, 2010, p. 365).

De acordo com o julgado supracitado, muito embora a declaração de nascido seja emitida em nome da gestante atribuindo a esta a maternidade, inclusive para efeitos de registro civil, caberá a mãe biológica figurar no registro. Todavia, para que isso seja possível devem as partes interessadas buscar seu direito perante o Poder Judiciário, antes mesmo do nascimento da criança, a fim de que no momento de efetuar o registro civil a situação já esteja regularizada.

Verifica-se que é necessário demonstrar por outros meios que a mãe não é quem deu à luz, mas a doadora genética.

Assim sustenta Reinaldo Velloso dos Santos:

o registrador civil deve exigir comprovação por escrito do procedimento médico, avaliar o atendimento das normas do CFM e, no ato do registro, a doadora temporária do útero deve comparecer anuindo ao registro, salvo se apresentada declaração escla-recedora, tudo devidamente acompanhado do relatório médico e dos termos de consentimento informado (SANTOS, 2006, p. 50-51).

No entanto, caso tenha alguma dúvida quanto à veracidade das declarações ou da documentação apresentada, deverá encaminhar o caso ao Juízo Corregedor Permanente. Portanto, conforme analisado acima, a Lei de Registros Públicos não contemplou o procedimento para o registro civil nesses casos, tampouco a legislação civil, restando aos pais que deram início ao procedimento para gerar seu filho recorrerem ao Poder Judiciário para a resolução do conflito, caso este efetivamente ocorra, umas das ações possíveis é uma ação de investigação de maternidade cumulada com anulação de registro civil. Todavia, ainda restará dúvidas de quem será a mãe para fins de registro, uma vez que a gestação por substituição rompe com o princípio *mater semper certa est*, e conforme verificado a legislação é omissa nesses aspectos.

#### 4. O PROVIMENTO DO CNJ

O Provimento trouxe novas regras sobre o registro de nascimento e sobre a emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, revogando o Provimento nº 52/CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O Provimento 63 CNJ, elenca no Capítulo da Reprodução Assistida:

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, **independentemente de prévia autorização judicial** e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

**§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.**

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna (grifo nosso) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017)

O revogado Provimento nº 52/CNJ havia sido publicado no dia 15 de março de 2016 e regulamentou pela primeira vez o registro de crianças concebidas por reprodução assistida por casais homo ou hétero afetivos, diretamente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, mediante a apresentação dos documentos relacionados no referido Provimento, dispensando a necessidade de prévia ordem judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

## CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi mostrar quais seriam as possibilidades de dirimir os conflitos envolvendo a gestação por substituição. Pois a mulher que deu início ao procedimento para ter um filho não será a mesma que irá gestar a criança. Os avanços científicos na medicina foram responsáveis pela criação de um novo cenário sobre a constituição das famílias modernas e que devemos nos adaptar.

Nesse contexto, a gestação por substituição vem sendo utilizada para solucionar problemas reprodutivos no país, com base tão somente em normas éticas (resolução) do Conselho Federal de Medicina, que traz requisitos de gratuidade, parentesco e problema de saúde. Falta conteúdo jurídico para solucionar as lacunas.

Apesar da Constituição da República de 1988 trazer um Estado laico, onde todos possam exercer livremente sua orientação de credo e religião, sempre haverá desconforto quando se trata de questões relaciona-

das à vida, à saúde, à filiação e, especialmente, à “sagrada” maternidade – considerando-se todo o seu ideal de valor na sociedade atual.

A filiação poderá ser provada por outro modo admissível em direito, quando houver começo de prova por escrito proveniente dos pais conjunta ou separadamente ou existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Assim, o registro de nascimento sempre permanece como fonte segura e meio de prova da filiação.

Para realizar o registro civil da criança, em nome dos pais que a desejaram e deram início ao procedimento, não mais precisará buscar a prestação jurisdicional do Estado, por meio da ação cabível, e com base em um vasto conjunto probatório.

Conclui-se que a Lei de Registros Públicos não contemplou o procedimento para o registro civil, tampouco a legislação civil, e que o CNJ precisando resolver essa lacuna foi elucidativo. Cabem aos pais irem ao cartório de registro civil competente e fazer o registro, trazendo uma maior dignidade aos envolvidos.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO, Letícia; ASSUMPCÃO, Isabela. Comentário sobre a fecundação assistida e o Provimento nº 63 do CNJ. Arpen/SP, 05.08.2019.

BONANOMI, Carolina Aparecida. **Monografia**. Blumenau: FURB, 2011.

BRASIL. **LEI Nº 9.534, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997**. Dá nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19534.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19534.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 63, de 14/11/2017.** Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 25 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias - Nova Ortografia.** 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1999.



- FERNANDES, Regina de Fátima Marques. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Porto Alegre: Norton, 2005.
- FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo de acordo com o Código Civil de 2002**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2008.
- PIOVISAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de Registros Públicos e Notarial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- RODRIGUES, Marcelo. Novas Perspectivas no Acesso à Justiça. **Revista CEJ**. Brasília, v. 1, n. 3, p. 61-69. Set/dez 1997.
- SÁ, Maria de Fátima Freire *et al.* **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. São Paulo: Safe: 2006.
- STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.
- SWENSSON, Walter Cruz *et al.* **Lei de Registro Públicos Anotada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2452/1798>.
- UNITED NATIONS. General Assembly. **Human Rights Council**. A/HRC/7/32 Disponível em: [http:// ap.ohchr.org/documents](http://ap.ohchr.org/documents). Acesso em: 01 abr. 2022.

# A ALTERABILIDADE DO NOME COM AS MUDANÇAS FEITAS NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS: CONSIDERAÇÕES AO ART.56

*Eduardo Lopes Machado*<sup>28</sup>

*Gustavo Melo Franco Vieira*<sup>29</sup>

## INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência tratavam questões envolvendo o nome das pessoas naturais considerando alguns aspectos, entre eles: individualização da pessoa e a impossibilidade de alteração do nome como regra. Excepcionalmente, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, permitia a alteração do nome no decorrer da vida da pessoa. Entretanto, essas excepcionalidades eram extremamente limitadas e, muitas das vezes, era necessário recorrer ao Poder Judiciário para conseguir a alteração no nome.

---

28 Mestrando em Direito Público: Esfera Pública, Legitimidade e Controle pela Universidade FUMEC, Bacharel em Direito pela mesma Universidade e Especialista em Mediação e Gestão de Conflitos.

29 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Especialista em Direito Notarial e Registral e Titular do Ofício do Registro Civil e Tabelionato de Notas de Baiões da cidade de Formiga/MG.

Quanto ao aspecto da individualização, a pessoa se distingue socialmente através do nome, que é um elemento essencial à dignidade da pessoa humana, direito fundamental trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e merecedor de toda proteção jurídica. Dessa forma, o nome é elemento individualizante da pessoa no meio social no qual estabelece as suas relações.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dispõe em seu art. 16: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (BRASIL, 2002). Trata-se de um direito personalíssimo, ligado ao direito da personalidade, e que goza de proteção jurídica, trazendo a estima que não será usado para fins que ultrapassem a vontade de seu possuidor, e nem lhe cause prejuízos.

Com a evolução da sociedade, cada vez mais dinâmica e complexa, o legislador sentiu a necessidade de não só ampliar o rol de possibilidades para a alteração do nome, como também fazê-la de forma imotivada. As novas alterações na Lei nº 6.015/73 passaram a dar maior liberdade à autonomia da vontade das pessoas, para que possam alterar os seus nomes de maneira mais célere e, num primeiro momento, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para efetivar essa alteração.

A Lei nº 14.382, de 27 de julho de 2022, modificou o art. 56 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, trazendo a possibilidade de imotivadamente, alterar o prenome de qualquer pessoa: “A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico” (BRASIL, 2022).

Por outro lado, uma das exceções que era trazida pela Lei de Registros Públicos, na qual se permitia a alteração do nome da pessoa no primeiro ano após atingir a maioridade, tal modificação era permitida desde que não prejudicasse os apelidos de família (patronímicos), e que também exigia motivo, não se faz mais presente na referida lei.

O destaque da alteração do art. 56, da Lei nº 6.015/73, foi a ênfase na autonomia da vontade, buscando dar concretude à dignidade da pessoa humana e pondo fim à regra da inalterabilidade do nome. Entretanto, alguns pontos trazidos pela alteração do art. 56, da Lei nº 6.015/73,

necessitam maiores definições e, até mesmo, correções para que cumpra o efetivo papel na sociedade. E são esses pontos que serão analisados nas próximas linhas deste artigo.

## 1. LIMITES À ALTERABILIDADE DO PRENOME

O legislador previu a alteração do nome, permitindo que as pessoas, após completarem a maioridade, alterassem seus prenomes imotivadamente. Entretanto, como forma de garantir segurança jurídica, a liberdade dada, no âmbito extrajudicial, ficou restrita a uma única alteração. Sendo assim, a Lei nº 6.015/73, no seu art. 56, § 1º (já alterado pela Lei nº 14.382/22), dispõe: “a alteração imotivada de prenome poderá ser feita na via extrajudicial apenas 1 (uma) vez, e sua desconstituição dependerá de sentença judicial” (BRASIL, 2022).

A cautela trazida pelo legislador evita que haja diversas modificações ao prenome pela via extrajudicial, pois, depois da primeira alteração do prenome, outras alterações somente poderão ser feitas pela via judicial. Por consequência, a restrição imposta pela lei aumenta a segurança jurídica inibindo a má-fé nas alterações de prenomes.

O direito de escolher o próprio nome, no caso o prenome, é um direito personalíssimo e com respaldo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A antiga ideia de imutabilidade do nome, incluindo o prenome, afrontava a dignidade humana quando determinada pessoa era obrigada a permanecer com um prenome por ela indesejado. Porém, como visto acima, a liberdade de alteração do prenome não é ilimitada e, como será visto no próximo tópico, foi atribuído aos Registros Cíveis das Pessoas Naturais (RCPN), também denominados Ofícios da Cidadania, a tarefa de processamento e averbação da alteração do prenome.

## 2. OS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS COMO OFÍCIOS DA CIDADANIA

A Lei nº 13.484, de 26 de setembro de 2017, acrescentou o § 3º, ao art. 29, da Lei nº 6.015/73, reconhecendo o Registro Civil das Pessoas

Naturais como “Ofícios de Cidadania”, inovando e facilitando, dessa forma, o diálogo entre a sociedade com as serventias extrajudiciais. (BRASIL, 2017).

O Estado democrático de direito tem o dever de levar aos cidadãos informações sobre os atos que os acompanham em sua vida. É no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais que se registra o estado do indivíduo, desde o nascimento até a sua morte. Dessa maneira, é dever do Estado “tratar o cidadão com dignidade, portanto, é considerá-lo um fim em si mesmo e não um meio em favor do Estado, do Direito ou de quem quer que seja. Estes é que são meios para garantir a dignidade das pessoas” (VOLTOLINI; SILVEIRA, 2017, p. 4).

São nos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais que os interessados em alterar o prenome irão requerer tal medida. Esses Ofícios, por consequência, são responsáveis por dar efetividade à dignidade da pessoa humana nesse aspecto. Nesses mesmos Ofícios é que poderá ser pedida a alteração do prenome pelo solicitante e é dever do Estado fomentar que essa alteração seja feita da forma mais abrangente possível, tanto nos Cartórios das Capitais, como nos distritos. Todos os Ofícios devem estar aptos a acolher e ajudar na construção e concretização da cidadania.

Segundo Kümpel e Ferrari (2017, p. 328):

É no Registro Civil onde se resguardam, de forma pública e perene, os *status* jurídicos assumidos pela pessoa natural ao longo de sua vida. Esse repositório de informações, como se verá, garante a oponibilidade do estado civil perante terceiros; assegura o pleno exercício da cidadania; oferece um referencial seguro para fins de imputação de direitos e obrigações; representa uma fonte preciosa de dados estatísticos; dentre outros desdobramentos [...].

O Registro Civil das Pessoas Naturais passou a ser denominado como Ofício da Cidadania em decorrência “[...] de sua especial relevância na consecução de certos bens jurídicos de cunho fundamental” (KÜMPEL; FERRARI, 2017, p. 332). Há uma especial relação entre o Registro Civil das Pessoas Naturais e a dignidade da pessoa humana,

uma vez que o próprio exercício da cidadania é a própria materialização desse princípio (KÜMPEL; FERRARI, 2017, p. 333).

### 3. A AVERBAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO NOME E A SEGURANÇA JURÍDICA

Nenhum país pode se manter como nação e se desenvolver sem segurança jurídica. “Todos desejamos viver em um país que respeita o princípio da segurança jurídica, ainda que muitos de nós não saibam externar esse desejo” (TERRA, 2010, p. 123). O princípio da segurança jurídica é o eixo de sustentação do Estado de Direito, sendo direito fundamental do cidadão (TERRA, 2010, p. 123). “Na qualidade de princípio, a Segurança Jurídica procura assegurar a concessão das prerrogativas fundamentais aos cidadãos, assim como, estabelece um norte para os aplicadores do Direito” (ARRABAL; KUCZKOWSKI, 2019, p. 91).

A segurança jurídica é princípio estruturante do Estado de Direito, no qual deverá haver previsibilidade das consequências nas relações sociais, trazendo maior segurança nessas relações. “A segurança jurídica se encontra diretamente umbilicada à necessidade do sentimento de cada um de nós, de cada cidadão saber, com precisão e antecedência, quais são os efeitos jurídicos de seus próprios atos e por eles responder” (TERRA, 2010, p. 124).

Segundo Arrabal e Kuczkowski (2019, p. 91-92):

Ao instituir parâmetros de conduta o Direito permite, ao menos hipoteticamente, antever as consequências das atividades humanas oferecendo ‘condições de segurança’, necessários ao planejamento e a tomada de decisões. [...]

A ideia de segurança jurídica sugere a existência de uma estabilidade institucional conferida pelo Direito aos indivíduos. Por esse motivo, o Direito passa a ser concebido como uma instância institucional “concreta”, para a qual os sujeitos sociais conferem legitimidade. O Direito é percebido como uma instituição que estabelece parâmetros de convivência, com vistas a defender/assegurar certos valores socialmente relevantes.

A averbação é a “anotação pela qual se faz constar de um documento algum fato que venha a modificar ou seu conteúdo, por exemplo, averbação da sentença de divórcio no Livro de Registro de Casamento e no de Imóveis” (DINIZ, 1998, p. 360). Sendo, dessa maneira, que o ato de averbação “consiste no lançamento modificativo do registro, que tem por objetivo alterar a situação jurídica do assento, por meio da retificação, acréscimo ou supressão de algum dado do conteúdo registral” (KÜMPEL; FERRARI, 2017, p. 404).

É possível concluir que o § 2º, do art. 56, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, teve duplo objetivo: (i) garantir o princípio da segurança jurídica em relação à própria pessoa que pede a alteração no do nome; (ii) garantir o princípio da segurança jurídica em relação a terceiros.

#### 4. REQUISITOS PARA ALTERAÇÃO DO PRENOME

No § 2º, do art. 56, da Lei nº 6.015/73, há expressa determinação de obrigatoriedade, não sendo uma faculdade para quem solicita a alteração do nome, muito menos para o registrador, dos seguintes elementos nas certidões que serão posteriormente emitidas. Dessa maneira, as certidões de inteiro teor, em resumo ou em relatório, conforme quesitos, deverão conter:

- 1) O prenome anterior;
- 2) Número do documento de identificação (R.G.);
- 3) Número do Cadastro de Pessoa Física (CPF);
- 4) Número do passaporte; e
- 5) Número do título de eleitor (BRASIL, 1973).

Como dito no parágrafo anterior, todas as certidões emitidas após a alteração do prenome deverão conter as informações acima elencadas. Entretanto, o maior problema está no primeiro item: o prenome anterior que deverá constar em todas as certidões emitidas a partir da alteração do prenome. Importante destacar que a alteração do prenome

poderá ocorrer pelos mais variados motivos de índole pessoal, já que para a primeira alteração do prenome não é necessária motivação, conforme preceitua o *caput* do art. 56, da Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973). Uma pessoa, por exemplo, poderá fazer a alteração de seu prenome pelo motivo de considerá-lo vexatório.<sup>30</sup> Essa alteração do prenome por outro que a pessoa não considera vexatório pouca ou nenhuma utilidade vai ter, pois o nome que a pessoa considera vexatório continuará expresso em todas as certidões emitidas. Destaca-se que essa obrigatoriedade de constar o anterior prenome se restringe às certidões, não alcançando outros documentos.

Outra questão que requer reflexão é saber se a nova redação do art. 56, § 2º, da Lei nº 6.015/73, tornou sem efeito o art. 5º, do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esse provimento “dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). Diz o art. 5º, Provimento nº 73/2018 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018):

A alteração de que trata o presente provimento tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo por solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral.

Os outros requisitos estabelecidos estão relacionados a uma identificação numérica ou alfanumérica, que não irão trazer maiores problemas para a pessoa que fez a alteração do prenome, uma vez que que alguns dos elementos ali descritos já fazem parte do próprio registro em decorrência de obrigatoriedade legal ou regulamentar.

A alteração legislativa ocorrida no art. 56, § 2º, da Lei nº 6.015/73, acabou por criar uma contradição entre o direito à identidade e o direito

---

30 A concepção para prenome vexatório aqui utilizada é de índole estritamente pessoal, ou seja, não se trata de prenome vexatório sob a perspectiva dos outros membros da sociedade.



à intimidade. Ao observar o direito à identidade como um direito da personalidade e permitir a alteração do prenome sem motivação e sem recorrer ao Poder Judiciário, o legislador fez valer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o direito à intimidade não foi observado pelo legislador em decorrência da obrigatoriedade de constar o prenome anterior, o prenome indesejado, em todas as certidões emitidas depois da alteração. Seria mais conveniente, e observaria do direito à intimidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, se a publicidade do prenome excluído ou alterado ficasse restrita às certidões de inteiro teor por solicitação do próprio registrado ou por determinação do Poder Judiciário, garantindo, dessa maneira, o direito à intimidade, semelhante ao que consta no art. 5º, do Provimento nº 73, do CNJ.

## 5. PROCESSAMENTO E AVERBAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO PRENOME

O § 3º do art. 56, da Lei nº 6.015/73, vai dizer que após finalizado o procedimento de alteração no assento, o ofício de registro civil de pessoas naturais no qual se processou a alteração, com o pagamento dos emolumentos, comunicará o ato aos órgãos emissores da identidade, CPF, passaporte e título de eleitor, preferencialmente por meio eletrônico.

Há uma obrigatoriedade do Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais na qual se processou a alteração de comunicar oficialmente a alteração a outros órgãos elencados no parágrafo. A dúvida aqui é saber qual RCPN será o responsável pela comunicação da alteração: se o ofício no qual efetivamente se processou a alteração ou no ofício que efetivamente averbou a alteração do registro.

Quando o ofício processante do pedido é o mesmo no qual está assentado o registro do solicitante, parece não existir dúvida, pois o ofício processante é o mesmo que deverá fazer a averbação. O problema vai ocorrer quando são ofícios distintos. Dessa forma, se uma pessoa processa a alteração do seu prenome no ofício de determinada localidade, porém, a averbação deverá ocorrer no ofício de outra localidade, fica a

dúvida de qual ofício é o responsável pela comunicação da alteração a outros órgãos. Em uma interpretação literal do artigo, a comunicação deve ser feita pelo ofício processante, ou seja, antes mesmo da efetiva averbação da alteração do prenome.

Ocorre que a efetiva alteração do prenome se dá através do ato de averbação. Dessa maneira, a competência de comunicação a outros órgãos pelo RCPN processante é antecipar o que ainda não ocorreu, a averbação. Seria mais conveniente, e acertado, que a comunicação a outros órgãos seja feita pelo ofício da averbação da alteração do prenome e não pelo ofício processante do pedido de alteração.

## 6. A PRUDÊNCIA DO REGISTRADOR

O § 4º, do art. 56, da Lei nº 6.015/73 vai trazer a denominada prudência do registrador, que não se confunde com discricionariedade ou arbitrariedade, e que tem como fundamento o princípio da prudência ou cautelaridade. Diz o referido § 4º: “Se suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto à real intenção da pessoa requerente, o oficial de registro civil fundamentadamente recusará a retificação” (BRASIL, 1973).

O princípio da prudência ou cautelaridade tem como fundamento que os notários e registradores atuam na esfera da realização voluntária do direito. Como consequência, devem zelar pela higidez dos negócios jurídicos celebrados ou pelos fatos jurídicos declarados com o fim de prevenir litígios e possíveis prejuízos aos usuários do serviço e também à sociedade.<sup>31</sup>

A prudência do registrador é constituída de elementos objetivos e subjetivos que reciprocamente se integram para formar um juízo de valor, que, prudentemente, deverá não só analisar objetivamente a solicitação de alteração do prenome, como se fosse um direito subjetivo do solicitante ao preencher determinados requisitos. Deverá o registrador

---

31 Para maior aprofundamento sobre o princípio da prudência ou cautelaridade registral ver: DIP, Ricardo. Sobre o saber registral (da prudência registral). In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). **Direito Registral**. São Paulo: RT, 2012, p. 617-636. (Doutrinas Essenciais). Volume I.

avaliar subjetivamente a solicitação e no caso de fraude, má-fé, vício de vontade ou simulação recusar, de forma fundamentada, a solicitação.

## CONCLUSÕES

As alterações do art. 56, da Lei nº 6.015/73, trazidas pela Lei nº 14.382/22 permitiram a modificação do prenome diretamente nos Registros Civil das Pessoas Naturais, também denominados Ofícios da Cidadania. Esse avanço legislativo ocasionou a superação da imutabilidade do nome e a desnecessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para ter o prenome alterado, situações que não mais correspondiam às necessidades da sociedade, concretizando, dessa forma, a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, foi preciso garantir segurança jurídica para os casos de alteração do prenome. Entretanto, a garantia da segurança jurídica suplantou o direito à privacidade quando da obrigatoriedade de constar em todas as certidões emitidas, após a alteração, o antigo prenome. Também é necessário saber se a alteração do prenome prevista no art. 56 se aplica aos transgêneros, situação que até então estava regulada pelo Provimento nº 73, do CNJ, uma vez que a lei é hierarquicamente superior ao provimento.

Assim, coube aos Ofícios da Cidadania, através da avaliação prudente do registrador, a análise das solicitações de alteração do prenome, sendo que a recusa deverá ser de forma fundamentada. É um evidente ganho para toda a sociedade, mas ainda há questões em aberto, que são consequências naturais de toda inovação legislativa, e que precisarão ser resolvidas para que o direito ao nome, como direito da personalidade, se torne pleno.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre o regime jurídico do nome no Direito Civil Brasileiro em perspectiva comparatista. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 26, n. 2, p. 1-12, 2021. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317->

2150.2021.12239. Disponível em: [https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/12239/pdf\\_1](https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/12239/pdf_1). Acesso em: 29 set. 2022.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; KUCZKOWSKI, Sidnei. O CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTEXTO DA HIPERMODERNIDADE. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, [S.L.], v. 6, n. 3, p. 87-102, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/296/196>. Acesso em: 30 set. 2022.

BERTOTTI, Bárbara Mendonça; FREITAS, Daniel Castanha de. Comunicado científico: o fomento aos diálogos institucionais para a incorporação de novas tecnologias no sistema único de saúde brasileiro. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, [S.L.], v. 5, n. 1, p. 159-160, 25 jun. 2018. Universidad Nacional del Litoral. <http://dx.doi.org/10.14409/redoeda.v5i1.9116>. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9114/12573>. Acesso em: 29 set. 2022.

BORGES, Janice Silveira. DIREITO FUNDAMENTAL AO NOME. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 23-34, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/4195/pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei 13.484, de 26 de setembro de 2017**. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm). Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2022.

**BRASIL. Lei nº 14.382, de 27 de julho de 2022.** Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm#art11). Acesso em: 29 set. 2022.

**BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 73, de 28/06/2018.** Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 30 set. 2022.

CORREA, Ana Paula Lasmar; RODRIGUES, Victor Fróis. Desafios para a efetivação do direito fundamental à dignidade na atuação extrajudicial: uma análise comparativa entre o provimento 73 do cnj e a adi 4275/df. **Opinião Jurídica**, [S.L.], v. 21, n. 44, p. 260-278, jan./jun. 2022. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj13Pv\\_\\_b\\_6AhXSrJUCHeHsC2gQFnoECBY-QAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.udem.edu.co%2Findex.php%2Fopinion%2Farticle%2Fdownload%2F3157%2F3428%2F&usq=AOvVaw1mbRZMrVbX6WmGxpgmJ6Nq](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj13Pv__b_6AhXSrJUCHeHsC2gQFnoECBY-QAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.udem.edu.co%2Findex.php%2Fopinion%2Farticle%2Fdownload%2F3157%2F3428%2F&usq=AOvVaw1mbRZMrVbX6WmGxpgmJ6Nq). Acesso em: 01 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988. 4 v.

DIP, Ricardo. Sobre o saber registral (da prudência registral). *In*: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). **Direito Registral**. São Paulo: RT, 2012. p. 617-636. (Doutrinas Essenciais). Volume I.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral vol. II**: ofício de registro civil das pessoas naturais. São Paulo: YK, 2017.

LOBO, Jorgiane dos Anjos; VASCONCELOS, Francisco José M. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: o direito fundamental à identidade e a relatividade do princípio da inalterabilidade do nome. **Revista Expressão Católica**, [S.L.], v. 5, n. 1, p. 171-180, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.unica-tolicaquixada.edu.br/index.php/rec/article/view/1483/1215>. Acesso em: 29 set. 2022.

MELO, Luiz Felipe Muniz; NASCIMENTO, Luis Carlos do. Respeito aos precedentes obrigatórios. **Revista de Direito**, [S.L.], v. 14, n. 01, p. 01-33, 25 abr. 2022. *Revista de Direito*. <http://dx.doi.org/10.32361/2022140113205>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/13205/7293>. Acesso em: 30 set. 2022.

OLIVEIRA, Mariana Tamara de Lima. **A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL NO BRASIL**. 2018. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/619/mariana\\_oliveira\\_mes\\_dir\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/619/mariana_oliveira_mes_dir_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 29 set. 2022.

TERRA, Marcelo. A segurança jurídica e a atividade imobiliária. *In*: GERMANOS, Paulo André Jorge (org.). **Segurança jurídica: coletânea de textos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 123-129.

VOLTOLINI, Gustavo Henrique Mattos; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. O registro civil das pessoas naturais contribuindo para a concretização da cidadania e da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.L.], v. 3, n. 2, p. 1-19, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2357/pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.





**ARTIGOS - DIREITO  
INTERNACIONAL E  
COMUNITÁRIO**



# OS FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL PERANTE A REALIDADE, LEGISLAÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS MIGRATÓRIAS

*Amanda Helena Boconcelo*<sup>32</sup>

## INTRODUÇÃO

A migração é o fenômeno de deslocamento populacional que ocorre desde o início da civilização humana até hodiernamente, por isso insta compreender o significado dos fluxos migratórios modernos, mormente no Brasil. Ainda, busca-se conceituar migração, bem como analisar as fusões culturais advindas dos fluxos migratórios que propiciam a ocorrência do chamado ‘multiculturalismo’.

Diante disso, é importante verificar as condições pelos quais ocorrem as migrações, as garantias legislativas que asseguram os direitos e deveres de cada migrante, como também as ações governamentais perante a eles, de modo a aprofundar o estudo no descolamento da população venezuelana nos anos de 2016 a 2018 mediante a crise humanitária em seu país de origem.

Nesse diapasão, tendo em vista o contexto histórico migratório no Brasil desde a abolição da escravatura em 1888, houve um percurso de

---

32 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM.

migrações com suas respectivas legislações diante da realidade global e local. Dessa maneira, hodiernamente deve ser aferida a Lei de Migração Brasileira nº 13.445/2017, sua importância e as respectivas consequências para o acolhimento dos venezuelanos no país, bem como as ações afirmativas realizadas pelo Governo Federal por meio de diversos órgãos, tal como a Polícia Federal.

Portanto, percebe-se a necessidade de ser compreendido os fluxos migratórios, mormente aqueles que apresentam situação de crise humanitária, posto a realidade enfrentada pelos migrantes antes, durante e depois da trajetória para um novo território, bem como a condição que os levaram a sair do país de origem, seja por uma crise econômica, política e social, tal como a vivência dos venezuelanos. Somado a isso, será analisada também a forma como serão tratados pela legislação vigente brasileira e as ações governamentais perante o recebimento dessas pessoas.

## 1. MIGRAÇÃO

### 1.1 DEFINIÇÃO DE MIGRAÇÃO

A definição de migração dá o suporte para o entendimento dos fluxos migratórios perante o multiculturalismo. Por isso, a Organização Internacional para as Migrações - OIM designou como sendo:

Processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2009, p. 40).

Com isso, baseado nessa definição, compreende-se a necessidade do deslocamento que ocorre independente da classe, sexo, raça ou qualquer outra especificidade populacional das pessoas que a compõem, além dos diversos motivos que as levaram a migrar de um território para outro.

Para além disso, Chueiri e Câmara (2010), em seu artigo “Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade”, explicam sobre as formas de migração, redefinindo o conceito como movimentos de pessoas que ocorrem dentro do próprio país, denominado como migração interna, ou para território estrangeiro, denominado como migração internacional. Dentre esses deslocamentos, as causas que os motivam são várias, entretanto, as situações de crise econômica e crise política no país nativo são os principais geradores do movimento de migração. Tendo isso em vista, em relação ao motivo econômico, este relaciona-se à precariedade das condições básicas para sobrevivência, como situações de extrema pobreza e violência, então, esses indivíduos fogem para conseguirem melhores oportunidades para reconstruir suas vidas, baseadas na oferta de trabalho e atendimento as suas necessidades – alimentação, saúde, educação, cultura, segurança etc. Em relação à razão política, compreende-se a impossibilidade de exercício de direitos fundamentais, como a liberdade e igualdade, dentre suas variações, tal como a liberdade política de ser eleito e se eleger, igualdade salarial, liberdade de culto e crença, entre outros.

Assim, o deslocamento, para os autores, significa o abandono das origens, do conhecido, da terra natal para a desterritorialização e a tentativa de se restabelecer em um novo território. Por isso, eles afirmam: “Independentemente do que motiva a migração, sempre há fatores graves o suficiente para tornar o deslocamento a melhor opção, ou ao menos a única possível” (CHUEIRI; CÂMARA, 2010, p. 159).

Em consonância a isso, os mesmos autores intitulam a exclusão dos imigrantes como “Síndrome de Ulisses”. Essa denominação se dá como referência ao personagem de Homero, na obra *Odisseia*, que após atravessar o mundo na esperança de retornar ao lar, consegue voltar, porém, por estar privado de suas raízes culturais durante muito tempo, como de sua terra, língua e rotina, o personagem adoece por se sentir estrangeiro fora do seu território e dentro dele, não se identificando mais com nenhum local ou realidade. O mesmo acontece com os corpos dos deslocados que ficam marcados pela falta de reconhecimento, permanecendo na condição de estrangeiro, independentemente do local em que se encon-

trem, como é a realidade de muitos migrantes modernos (CHUERI; CÂMARA, 2010).

## 1.2 DA INFLUÊNCIA DA MIGRAÇÃO NO MULTICULTURALISMO

A migração está intrinsecamente relacionada ao multiculturalismo, pois, por meio dela, houve a construção das identidades nacionais. Isso ocorre tanto nos países do “Novo Mundo” e, assim, notoriamente povoados por migrantes – como o Brasil e os Estados Unidos – quanto nos países do “Velho Mundo” – como o caso da Inglaterra, França, Alemanha, entre outros, de maneira que toda a migração e a construção cultural de um país estão naturalmente relacionadas (CHUERI; CÂMARA, 2010).

Para melhor compreensão, deve-se entender a definição de multiculturalismo como a junção de culturas diversas daquela que é considerada como dominante dentro de um país, no qual assimila os valores culturais e amplia-os, gerando, conseqüentemente, reconhecimento mútuo e diálogo entre tais culturas, sem que se abdique das especificidades de cada um. Em um Estado Democrático de Direito, onde se observa os Direitos Fundamentais e a Democracia, o multiculturalismo é entendido como a construção de um espaço no qual convivem diversos valores culturais, baseado no respeito entre os indivíduos.

Diante disso, a entrada de migrantes, perante os fluxos migratórios, em um novo território deveria, ao menos em tese, promover o intercâmbio cultural entre as diferentes tradições e gerar a coexistência harmônica entre as diversas realidades. Para isso, a tolerância e respeito são enfoques necessários para a diversidade e a interação multicultural, permitindo a aproximação e a interação entre comunidades e, dessa forma, possibilitando que o multiculturalismo se torne o resultado dessas relações migratórias.

## 2. MIGRAÇÃO NO BRASIL

Inicialmente, faz-se um resgate histórico do processo migratório brasileiro, para, posteriormente, analisar a emigração venezuelana no território tupiniquim.

Durante o fim do período escravocrata no século XIX, a Lei Eusébio de Queiros, em 1850, ao proibir o tráfico negreiro, bem como a Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil em 1888, deixaram os agricultores com insuficiência de mão-de-obra, como também acabaram com o meio econômico mais lucrativo que o Brasil tinha na época. Concomitantemente, fatores externos também contribuíram para vinda da migração europeia ao país, como o esgotamento de terras e florestas na Europa, os altos impostos pagos pela classe trabalhadora, o aumento do desemprego e as tensões entre estes e os grandes proprietários de terras. Dessa forma, a migração do século XIX foi incentivada pelo Decreto de 1890, que admitia a entrada e permanência de pessoas, independentemente de passaporte (JARDIM, 2017).

À medida que se inicia a implantação do Estado Novo em 1937, as políticas de incentivo à imigração foram modificadas, diante da formação de regimes autoritários ao redor do mundo e o acirramento de tensões bélicas, tornando os deslocamentos ao Brasil menos numerosos, já que, nesse período, o estrangeiro é entendido como uma ameaça à integridade nacional. Dessa forma, foi criado, em 1938, o Conselho de Imigração e Colonização, que regulou a entrada de migrantes de acordo com os ideais de raça e utilidade laboral (JARDIM, 2017).

Concomitantemente, durante a Segunda Guerra Mundial, houve ainda mais restrições à entrada de migrantes ao Brasil, mormente àqueles provenientes da Europa, haja vista o Decreto nº 3.175, de 1941, segundo os dados do Diário Oficial da União do Brasil (BRASIL, 1941). Já no período pós-guerra, as medidas migratórias foram facilitadas para a migração mediante as normas eugênicas que buscavam estabelecer a ascendência europeia. Assim, posto o histórico de migrações desde o início da formação do país, compreende-se que o Brasil foi desenvolvido e constituído pela mão de obra migrante.

Isto posto, aborda-se a migração venezuelana ao Brasil nos anos de 2016 a 2018, em virtude da crise política, econômica e social vivida no país de origem, que resultou em uma crise migratória. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em julho de 2018, relatou violações à liberdade de reunião, liberdade de opinião e expressão e ao devido processo legal, infligindo diretamente os Direitos

Humanos garantidos pela ONU. Somado a isso, escassez de alimentos, falta de medicamentos, insumos e equipe médica, além da alta inflação, geraram uma grande crise humanitária no país, em função disso, estima-se que em 2018 cerca de 2,6 milhões tenham migrado e quase 190 mil pediram asilo em outro país (ACNUDH, 2018).

Ainda segundo dados da Polícia Federal Brasileira, entre 2017 e 2018 quase 200 mil venezuelanos entraram no Brasil pela cidade de Pacaraima, em Roraima, juntamente com o aumento de solicitações de refúgio, que passaram para mais de 73 mil só no ano de 2016, sendo o estado de Roraima o que mais recebeu solicitações, totalizando 61,80% dos pedidos de todo o país (POLÍCIA FEDERAL, 2018b *apud* ROCHA; RIBEIRO, 2019, p. 543).

Com isso, diante das proporções territoriais do Brasil, receber 98 mil pessoas não foge da normalidade diante de um país com mais de 200 milhões de habitantes. Contudo, para Roraima, o menor e o mais novo estado da federação, com apenas 500 mil habitantes e sem experiência de fluxos migratórios, houve dificuldade na inserção dos venezuelanos, isto porque, além de ser uma migração com características próprias, sucedeu-se a chegada de grande número de pessoas em um estado que não possui infraestrutura para tal e, conseqüentemente, teve sua realidade econômica e serviços públicos sobrecarregados em um curto espaço de tempo.

Entretanto, mesmo com o exposto acima, esses 98 mil venezuelanos que entraram nas fronteiras brasileiras entre 2017 e 2018, por Pacaraima, representam apenas 4% de todo o fluxo migratório venezuelano total, pois o Brasil não é o destino preferencial devido à grande distância e longas caminhadas por estradas de terra e mata, bem como, e principalmente, pela questão linguística. Assim, em junho de 2018, segundo a Polícia Federal, enquanto o Brasil registrava cerca de 50.000 venezuelanos, a Colômbia recebia cerca de 819.000 e o Peru, aproximadamente, 350.000 pessoas (REGIONAL, 2018 *apud* ROCHA; RIBEIRO, 2019, p. 548). Insta salientar que a cidade mais afetada foi Pacaraima, posto ser o local fronteiriço que permite o ingresso dos venezuelanos ao Brasil.

Referente à realidade da trajetória migratória dos venezuelanos para chegarem em solo brasileiro, a travessia é eminentemente terrestre, com



dias de caminhada, levando poucos mantimentos e documentação insuficiente, o que evidencia o caráter precário e emergencial com baixo nível de segurança e alta taxa de vulnerabilidade.

### 3. LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA

A Lei nº 13.445 é denominada Lei de Migração e foi instituída em 24 de maio de 2017 (BRASIL, 2017), sendo considerada uma das mais avançadas do mundo quanto a garantia de Direitos Humanos dos migrantes, que entende os grupos como sujeitos de direitos e deveres baseado na dignidade humana, igual a qualquer outro cidadão nacional. Ela substitui a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (BRASIL, 1980), conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que tinha como fundamento a concepção de segurança nacional por enxergar o migrante como uma ameaça à soberania e à Nação.

Mediante o exposto, Sidney Guerra nos diz que:

No caso da nova legislação, o legislador preferiu adotar a figura do migrante e do visitante, em conformidade com a política consagrada na atualidade em prol dos direitos humanos. De certo modo, o termo empregado na Lei n. 13.445/2017 faz com que o indivíduo, que não seja nacional do Estado, não se sinta estranho e preterido no local que se encontra, como se um forasteiro fosse (GUERRA, 2017, p. 1723).

Nesse diapasão, a Lei de Migração também estabelece definições importantes em seu primeiro artigo, definindo imigração como toda pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside temporariamente ou definitivamente no Brasil (BRASIL, 2017). A legislação explica que o imigrante se distingue do visitante pois este é o estrangeiro que vem ao Brasil durante determinado tempo de duração, sem pretensão de se estabelecer no país, sendo eles turistas, artistas e pessoas de negócios.

O artigo 4º da Lei de Migração garante direitos aos migrantes em solo brasileiro, como a igualdade, segurança, propriedade

e inviolabilidade do direito à vida, além de assegurados o direito de reunião, acesso a serviços de saúde público e assistência social, como também à previdência e à educação pública, nos termos da lei, sem discriminação em razão de nacionalidade ou da condição migratória (BRASIL, 2017).

A Lei n. 13.445/2017 cita, várias vezes, o princípio da não discriminação, além de repudiar xenofobia e racismo, se alinhando completamente com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, baseado nos princípios de igualdade e de dignidade humana, como explícito no artigo 3º, inciso IV, evidenciando o novo paradigma jurídico (BRASIL, 2017).

Portanto, a Lei de Migração marca o amplo paradigma dos fundamentos dos Direitos Humanos declarados pela Organização Internacional das Nações Unidas, em conformidade com a Constituição Cidadã brasileira, perante a valoração da vida humana, independente da nacionalidade, e o reconhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos nativos e estrangeiros com respaldo legislativo de garantias.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

A Lei de Migração confere aos imigrantes direitos que antes eram garantidos apenas aos nacionais, como também garante os fundamentos dos Direitos Humanos previstos na Constituição de 1988, prevendo um processo de regularização migratória com acesso aos serviços públicos, como assistência social, saúde e previdência, além da não discriminação devido à nacionalidade, possibilitando, assim, o acesso à justiça gratuita, direito à educação e a liberdade no Brasil

Diante disso, a política de imigração no Brasil é, hodiernamente, dividida em quatro Ministérios, sendo eles: Ministério do Trabalho e Emprego, que tem como atribuição a concessão, autorização e fiscalização de trabalho do estrangeiro; Ministério das Relações Exteriores, que possui competência sobre as questões relativas ao visto e regularização de documentos; Ministério da Justiça, sendo responsável pelas concessões de nacionalidade, naturalização e condição jurídica dos migrantes, além

dos processos de reconhecimento de refugiado e pedidos de asilo político; e por fim, o Ministério da Segurança Pública, que tem o objetivo de segurança nacional e pública, tendo a Polícia Federal como principal responsável pelo controle migratório nas fronteiras por meio da identificação de todos os imigrantes em território nacional através do Registro Nacional de Estrangeiros, bem como por meio da protocolação de pedidos de permanência no país que são encaminhados ao Ministério da Justiça (ROCHA; RIBEIRO, 2019).

Dessa forma, mediante a chegada da migração maciça venezuelana e a sobrecarga nos serviços públicos, o estado de Roraima ajuizou Ação Ordinária no Supremo Tribunal Federal a fim de requerer medidas de urgência para o fechamento temporário da fronteira Brasil-Venezuela, bem como o pedido de providências efetivas de controle policial, saúde e vigilância sanitária pela União nas áreas de fronteiras. Essas solicitações visavam impedir o fluxo migratório desordenado e, somado a isso, realizar medidas governamentais para o envio de recursos ao estado, mormente na área de saúde e educação. Concomitantemente, para operacionalizar outras ações de assistência emergencial aos venezuelanos, foi formado um Comitê Federal de Assistência Emergencial, regulamentado pelo Decreto n. 9.286 de 2018 e constituído pela Casa Civil, bem como houve a participação de órgãos internacionais na atuação desse comitê (ROCHA; RIBEIRO, 2019).

Diante disso, o plano operacional foi estruturado em três fases: a primeira teve como objetivo recepcionar, orientar e regularizar as documentações que eram feitas em postos de triagem localizados na fronteira do Brasil com a Venezuela na cidade de Pacaraima; a segunda fase foi o alojamento da população venezuelana para que não se agravasse a situação de vulnerabilidade, de modo que construíram cerca de 11 (onze) abrigos em Boa Vista e 2 (dois) em Pacaraima, com capacidade total, juntos, para alojar 6 mil pessoas, cuja administração foi realizada pela ACNUR e pelo Governo Federal; e a terceira etapa é a interiorização dos venezuelanos concentrados em Roraima para o país inteiro por meio do transporte aéreo realizado pela Força Aérea Brasileira ou por voos comerciais pagos pelo Governo, a fim de ensejar a transferência para ou-

tros estados brasileiros. Essa etapa objetivava aliviar a pressão sobre os serviços públicos no estado, mormente na cidade de Pacaraima, e proporcionar maiores oportunidades de emprego, bem como possibilitar a introdução socioeconômica dos imigrantes na realidade brasileira (ROCHA; RIBEIRO, 2019).

Essa terceira fase também leva em consideração a interiorização dos imigrantes para outro abrigo ou a tentativa de reunificação familiar dos que já vivem no Brasil ou que chegaram a pouco. Consoante a isso, segundo dados da Organização Mundial de Imigração (BRASIL, 2018d), 52% (cinquenta e dois por cento) dos venezuelanos entrevistados desejavam ir para outro país e o restante gostaria de permanecer no Brasil, de modo que 78% (setenta e oito por cento) deles queriam sair de Roraima.

Portanto, as três frentes do plano visam, respectivamente, enviar recursos humanos, regularizar e documentar os imigrantes; fortalecer as redes de proteção locais com a construção de alojamentos e realizar a transferência dos venezuelanos para outros estados do país com o intuito de aliviar a pressão nos serviços públicos de Roraima.

Assim, tendo em vista as medidas cabíveis para abrandar a crime humanitário, o Brasil foi reconhecido mundialmente pelas ações governamentais e legislações protetivas aos migrantes, posto que propiciou a garantia dos direitos fundamentais de forma não discriminatória, tanto por meio das políticas públicas, quanto por regulações afirmativas.

## CONCLUSÕES

Mediante as análises transcorridas ao longo do trabalho, conclui-se que a migração é determinada como um deslocamento humano de um território para outro, seja por motivos políticos, econômicos ou pela busca de melhores condições de vida. Dessa forma, é possível determinar esses movimentos populacionais minoritários como minorias, posto sua situação de vulnerabilidade desde o momento da partida da terra natal para outra localidade, juntamente com o processo de travessia até a forma de como serão recebidos e introduzidos no novo território. Insta

salientar que essa classificação independe da quantificação numérica dos grupos migratórios.

Ademais, quando ocorre a inserção de uma nova cultura após a chegada de fluxos migratórios em um território, observamos a influência direta da tradição estrangeira sobre a regional, o que, conseqüentemente, possibilita a ocorrência do fenômeno do multiculturalismo ao possibilitar a coexistência e confluência entre costumes devido ao intercâmbio entre tradições.

Noutro norte, com um histórico de migração que formou e delimitou o Brasil, a migração permanece na realidade contemporânea, mormente como ocorreu nos anos de 2016 e 2018 com a crise humanitária na Venezuela, que levou milhares de pessoas a se deslocarem para a cidade fronteiriça Pacaraima, no estado de Roraima.

Diante disso, a Lei de Migração n. 13.445/17 garantiu direitos iguais entre imigrantes e nativos, bem como o acesso a serviços públicos por meio regularização documental, pedidos de asilo e usufrutos gratuito da saúde, educação, segurança e justiça. Ainda, a Polícia Federal atuou no Brasil para melhor acolher, documentar e interiorizar os migrantes venezuelanos, possibilitando maior oportunidade de trabalho para eles e, conseqüentemente, diminuindo a alta demanda nos serviços públicos do Estado de Roraima.

Portanto, através das legislações criadas pela nova Lei de Migração, bem como pelas ações afirmativas realizadas no Brasil, conclui-se, positivamente, a maneira como os migrantes são vistos e como serão tratados mediante as proteções jurídicas que eles têm.

## REFERÊNCIAS

ACNUDH – ALTO COMISSARIADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **Violaciones de los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin.** Relatório. Jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 3.175, de 7 de abril de 1941.** Restringe a imigração e dá outras providências. Diário Oficial da União.

Brasília. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3175-7-abril-1941-413194-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Restringe%20a%20imigra%C3%A7%C3%A3o%20e%20d%C3%A1,que%20lhe%20confer%20o%20art.> Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Lei de Migração. Diário Oficial da União. Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Diário Oficial da União. Brasília, 1980. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos; Organização Internacional para as Migrações; Agência das Nações Unidas para as Migrações. **Monitoramento do fluxo migratório venezuelano.** Relatório. Brasília, 2018d. Disponível em: <https://brazil.iom.int/pt-br/news/agencia-da-onu-para-migracoes-publica-monitoramento-sobre-condicoes-de-vida-de-venezuelanos-em-manauas>. Acesso em: 1 ago. 2022.

CHUEIRI, Vera Karm; CÂMARA, Heloisa Fernandes. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saúde e hospitalidade. **REVISTA DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**, n. 36, p. 158 a 177, jan./jun. 2010.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. [2017]. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937/21967>. Acesso em: 04 abr. 2022.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. A lei migratória e a inovação de paradigmas. **Cadernos de debates refúgio, migrações e cidadania.** Brasília, v. 12, n. 12, 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Deba>

tes-12\_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES.

**Glossário sobre migração.** Ed. Organização Internacional para as Migrações, nº 22, 2009.

ROCHA, Gustavo do Vale; RIBEIRO, Natália Vilar Pinto. Fluxo migratório venezuelano no Brasil: análise e estratégias. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 20, n. 122, p. 541-563, out. 2018/jan. 2019.

# PONDERAÇÕES SOBRE A CONEXÃO DA SOLIDARIEDADE NO SISTEMA INTERNACIONAL COM O CRESCIMENTO DO TERRORISMO PÓS-ATAQUES DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 NOS ESTADOS UNIDOS

*Elisângela dos Santos Bandeira*<sup>33</sup>

## INTRODUÇÃO

Antes de analisarmos a temática, faz-se necessário compreender o ambiente no qual esse tema está inserido, que seria o Sistema Internacional, conforme conceito apresentado por Pecequillo (2010):

Sistema Internacional é o meio onde se processam as relações entre os diferentes atores que compõem e fazem parte do conjunto das interações sociais que se processam na esfera do internacio-

---

33 Advogada, inscrita nos quadros da OAB/RS. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas/RS - UCPEL. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pelotas/RS - UFPEL. Pós-graduação em direitos humanos internacional pela faculdade UniBF. Pós-graduação em Master of Business Administration (MBA) em negócios internacionais pela faculdade UniBF. Aluna regular de mestrado em Direito na Universidade Federal de Pelotas/RS - UFPEL.



nal, envolvendo os seus atores, acontecimentos e fenômenos. É o palco, o cenário, o ambiente no qual se desenrolam as Relações Internacionais. Além disso, o sistema internacional pode ser caracterizado pela sua contraposição ao sistema doméstico (PECE-QUILO, 2010, p. 38).

Cada Estado representa um ator no ambiente internacional e, como esse sistema não possui um governante global para determinar regras limitadoras de ações, sejam elas no ambiente doméstico ou no externo, há presente uma anarquia referente a sua dinâmica e, conseqüentemente, haverá divergências de apreciações, conceituações e autorresponsabilidades, o que, em alguns casos, acarretará a violência como um ato de ignorância e, em casos extremos, levará ao terrorismo e a sua violência exacerbada. Cada Estado tem responsabilidades, como bem definiu Massau:

Estado constitucional democrático e suas variantes ao direito internacional. É um Estado de estrutura sistêmica aberta- porem controlada- podendo receber do emanar influências ao exterior das fronteiras estatais, calcado na democracia pluralista, nos direitos fundamentais, nos elementos de separação dos poderes e em uma zona ampliada de intervenção social no seu interior, além de estar tendencialmente projetado para a comunidade internacional (...) tal abertura estatal é a expressão de uma cooperação (postura solidária) com a esfera internacional, com responsabilidade, a fim de garantir a paz no mundo e do fortalecimento dos direitos /humanos (MASSAU 2018, p. 27-28).

Quando mencionamos solidariedade também nos utilizamos da compreensão do mesmo autor Massau que nos explica que o Estado constitucional aberto deve ser solidário (cooperativo), sendo que sua abertura externa significa solidariedade (cooperação), a solidariedade é entendida como uma atitude integrativa e positiva em fase da diferença e da desigualdade, a solidariedade como um elemento constitutivo da sociabilidade e como projeção social das ações dos indivíduos em contraposição ao ímpeto egoístico ou autorreferente (MASSAU, 2018), mas

tomamos a liberdade de utilizar o termo solidariedade ao longo do artigo também nos casos em que os Estados demonstraram a solidariedade de forma negativa, como a perpetuação da violência.

A questão da violência nas relações humanas é algo que sempre foi constante, seja por motivos territoriais, raciais, étnicos, nacionais ou religiosos. Com o surgimento dos Estados Nacionais, a questão da violência praticada contra os supostos “inimigos” tomou novos rumos. Com a argumentação de política pública e proteção dos interesses estatais, houve uma espécie de solidariedade no Sistema Internacional da perpetuação da violência entre os Estados e este conceito foi evoluindo, até chegar no aparelhamento que vivenciamos na esfera global.

Após a Guerra Fria, enquanto a violência era legitimada e transformada, a interdependência e solidariedade entre os Estados cresceram e quando a globalização obrigou o bom convívio para minimizar as interferências nas transações comerciais e conseqüentemente na economia, a “política da boa vizinhança” foi implementada pelas Nações, no entanto, a prioridade dos Estados sempre foi de conquistar poder externo e conservar os interesses no âmbito doméstico.

A exportação do conceito de democracia pelos grandes países ocidentais não se mostrou tão solidária aos olhos da outra parte do globo. Há quem defenda que o excesso de intervencionismo norte-americano/ocidental com o propósito de exportar a democracia possa ainda ter gerado um sentimento antiamericanista nos países que foram palco de tais ações.

A globalização, que deveria ser apenas um processo de aproximação dos Estados em todos os âmbitos (integrar mercados, economia, ideologias etc.), se transformou, o expansionismo da globalização espalhou o estilo de vida americano fazendo sucumbir algumas culturas regionais, gerando conflitos ideológicos, e a indiferença americana pelas culturas no resto do mundo contribuiu para a reação terrorista e a quebra da normalidade vivida na América.

No dia 11 de setembro de 2001 o Sistema Internacional sofreu uma ruptura de padrão de aliados e solidários, de segurança estatal, de direitos humanos, uma drástica mudança de princípios da população e meios de comunicação que afetariam gerações futuras.

Podemos apresentar uma ideia dessa mudança na vida de alguns grupos determinados de pessoas: os ataques desse dia podem ter afetado a vida de um cidadão ocidental, de origem étnica caucasiana, de denominação religiosa cristã mesmo que não praticada, com rendimentos financeiros que permitem viagens ao exterior, com uma certa dificuldade na emissão de vistos, uma espera maior na questão da segurança nos aeroportos, diminuição na bagagem e fiscalização excessiva.

Se o indivíduo for de origem árabe em geral, seguir a orientação religiosa do Islã e, na pior das hipóteses, se encontrava nos Estados Unidos após os ataques, provavelmente seu passaporte foi confiscado, seus bens congelados e sua vida investigada enquanto o mesmo teve de esperar pacientemente, sem opção de escolha, juntamente a sua família em um dos vários abrigos que foram construídos com essa finalidade. Esse último sujeito, caso estivesse em situação irregular no país, ou tenha feito qualquer viagem a algum país considerado suspeito e sem ter como comprovar que não possui ligação com qualquer grupo terrorista, provavelmente teve seus direitos humanos violados, ou foi torturado. E todos esses atos foram vendidos e adquiridos como normais para se combater o terrorismo. Para André Woloszyn (2010):

Uma das discussões mais polêmicas da comunidade internacional e que dificilmente chegará a um consenso é que alguma das medidas adotadas para a proteção contra atentados e contra a presença de células terroristas (ou seja, o contraterrorismo) acabam reduzindo as garantias e os direitos fundamentais dos cidadãos e a liberdade de imprensa.

Esse fenômeno de cerceamento de determinadas iniciou-se a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA, e ainda depois dos atentados de 11 de março na Espanha, recrudescer, obtendo maior abrangência quando países-membros da ONU e da Comunidade Europeia, tornaram mais rígidas as normas para a imigração e para o controle de acesso a estrangeiros e a turistas. (...)

Em relação aos direitos fundamentais podemos elencar a violação da intimidade e da imagem das pessoas por meio de filmagens

por câmeras e satélites, a quebra de sigilo bancário, de correspondência e das comunicações (telefone e internet), as restrições de livre locomoção, à privação da liberdade sem o devido processo legal, sem a devida comunicação às autoridades ou familiares, por tempo indeterminado, entre outras (WOLOSZYN, 2010, p. 123).

Se a opinião pública nunca tinha escutado sobre o Islã, mulçumanos e Alcorão, foi de maneira tendenciosa, parcialmente informada pela mídia que eles estão ligados diretamente a terroristas, atentados de homens-bomba, Estado Islâmico. Esses seriam temas permanentes na agenda internacional e o conhecimento sobre esses assuntos, após os ataques terroristas de 11 de setembro, foram restritos, moldados e difundidos, assim como a opinião pública foi cuidadosamente acomodada para defender o posicionamento do governo, solidariamente omissa com a restrição de direitos humanos, de liberdade religiosa, de locomoção, tudo para garantir uma falsa sensação de segurança.

As relações internacionais no século XXI têm sido determinante-mente afetadas pelas políticas antiterrorismo dos grandes Estados mundiais, as medidas adotadas são uma consequência dos pensamentos e do posicionamento dessas potências no quesito da ordem internacional e de sua segurança, tudo o que for considerado ameaçador à hegemonia e ao território será enfrentado com todos os meios legais e ilegais possíveis.

O bloco dos principais países do sistema global faz uso de mecanismos regionais e solidários de segurança para promover a sua ideologia no combate ao terrorismo, entretanto, não hesitam em agir unilateralmente quando julgam necessário para conquistar os seus interesses. Cada invasão em território rotulado como inimigo, corrupções, tensões políticas, religiosas e étnicas, também fomentam o ambiente necessário para que os grupos locais obtenham apoio da população à sua ideologia. Segundo Pecequillo (2010), ideologia:

a forma como os homens e as sociedades percebem a si mesmos e ao mundo, usando este conjunto de percepções e princípios para justificar e comandar suas ações. Estas representações servem

como base tanto para o exercício do poder doméstico quanto externo dos Estados. (...) Dependendo de suas percepções os agentes tenderão a se comportar de diferentes maneiras: ideologias autoritárias conduzirão a guerra, enquanto povos que valorizam a paz buscarão a sua disseminação (PECEQUILO, 2010, p. 108).

Como consequência dessas ideologias disseminadas dentro das interações globais, vemos países que já possuíam um baixo índice de desenvolvimento sofrerem com invasões militares, destruição de suas estruturas básicas, e violência extrema. Não obstante, quando todas as suas alternativas são tolhidas resta-lhes apenas a violência do contra-ataque e, após o revidar, ainda são rotulados como geradores de pânico no ambiente internacional, recebendo mais restrições, o que resulta em um círculo vicioso de violência.

Parte-se da premissa de que o surgimento de grupos terroristas é uma consequência da política exterior de alguns Estados que, devido à interdependência mundial, acabou afetando outras nações desfavorecidas, e estas fomentaram o uso da violência como forma de reconhecimento sua existência e obtenção de visibilidade no Sistema Internacional, afinal, a relação comercial desigual entre os diferentes Estados, a dependência econômica, a corrupção, a pobreza e os conflitos étnicos, religiosos e políticos são fundamentais para a criação de um ambiente propício para o desenvolvimento de grupos fundamentalistas que se utilizam do desequilíbrio estatal para conquistar a solidariedade de parte da população e levá-la a praticar atentados terroristas, assim conquistando representação no âmbito internacional.

Para atingir tal objetivo, a presente pesquisa baseia-se no método qualitativo, utilizando-se das técnicas de revisão de literatura sobre obras que tratem do tema. Para tanto, fez-se uma revisão bibliográfica baseada em autores das Relações Internacionais e do direito que tratam do tema.

A abordagem será feita nas seguintes divisões: na primeira parte analisaremos o Sistema Internacional e a solidariedade dos Estados através da globalização e o desenvolvimento do terrorismo. Na segunda será abordada a questão da formação dos grupos terroristas, a desigualdade social e a responsabilidade da opinião pública sobre a temática. Na ter-

ceira parte verificaremos os ataques realizados no dia 11 de setembro de 2001 e suas consequências no Sistema Internacional e finalizaremos com as conclusões obtidas.

## 1. O SISTEMA INTERNACIONAL E A SOLIDARIEDADE DOS ESTADOS ATRAVÉS DA GLOBALIZAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO TERRORISMO

Uma das principais transformações enfrentadas pelo Sistema Internacional nos últimos séculos foi a ampliação da globalização e da interdependência entre os Estados. Uma vez que vivenciávamos essa transformação, surgiu de maneira bastante clara uma nova relação de poder. Nascia uma nova fase de dominação estatal, em que um Estado poderia ter acesso a alguns privilégios (geográficos, militares, econômicos, tecnológicos, industriais) enquanto outro se tornaria dependente desses benefícios. Joseph S. Nye nos esclarece essa relação de poder:

Importante distinção do que se entende por “poder”. Assim menciona duas espécies: A) *hard power*, que nada mais é do que o poder pelo qual o Estado manifesta sua habilidade econômica e militar para comprar ou coagir e B) *soft power*, que significa habilidade para atrair de apelo cultural e ideológico (OLIVEIRA, 2003, p. 227).

A noção de globalização se tornou popular, as multinacionais ligavam países, acordos eram celebrados, tecnologias eram desenvolvidas, o fluxo do intercâmbio de mercadorias crescia, mas, ao mesmo tempo que percebemos o desenvolvimento, estamos cientes de que qualquer alteração nessa dinâmica já estabelecida afetará grande parte do globo. Foi o que ocorreu com a crise da bolsa de Nova York em 1929, assim como os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, esses acontecimentos em um local específico geraram mudanças de proporções gigantescas nos Estados, tanto no âmbito doméstico como em suas políticas externas.

São nesses momentos de crise que podemos perceber que a solidariedade no Sistema Internacional carrega em sua essência uma dramática

e complexa desigualdade entre Estados. A economia mundial é um dos principais fatores para que ocorra essa dessemelhança, a porcentagem do poder exercido no Estado dominado trará como consequência um aumento significativo de pessoas que serão desfavorecidas, que enfrentarão alguma espécie de exploração ou privação como fruto da interdependência estatal.

Mas o que é afinal o terrorismo? É importante observar que essa pesquisa se insere no debate sobre terrorismo onde se buscou definir o seu conceito, abrangência e consequências. Constitui extremamente complexo apresentar o conceito do que seria terrorismo, pois cada Estado apresenta uma nomenclatura, chegando ao ponto de apresentarem divergências de entendimento em órgãos em âmbito interno, portanto será adotado o posicionamento da Organização das Nações Unidas sobre a temática.

Durante a Liga das Nações, por meados de 1937, já se apresentava uma preocupação para regulamentar atos terroristas, e esta foi a primeira iniciativa para enfrentar esse fenômeno internacionalmente, mas sua vigoração foi prejudicada por falta de ratificação, atualmente a ONU na Declaração de Medidas para Eliminar o Terrorismo internacional conseguiu condenar e classificar como terrorismo todos os atos criminais e injustificáveis, praticados por qualquer pessoa e em qualquer lugar. A Declaração assim se refere ao fenômeno:

atos criminosos pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los (Resolução 49/60 da Assembleia Geral, de 17 de fevereiro de 1995).

Atualmente a opinião pública foi moldada para pensar que terrorismo é apenas aquele praticado por grupos extremamente violentos e que possui uma ligação solidária com a comunidade árabe, mas não podemos

esquecer que muitos Estados se utilizam do terrorismo como uma arma para lutar guerras não declaradas, conforme Neil Livingstone (1986):

O terrorismo não vai desaparecer. Os países pequenos e fracos descobriram que ele pode aumentar muito seu poderio político: perseguidos como estão, por falta de recursos, provavelmente não abandonem o terrorismo como um instrumento político e militar. As nações maiores e mais fortes, contraditoriamente, descobriram que o apoio ao terrorismo lhes pode ajudar a atingir seus objetivos nacionais, sem o risco consequentemente de outras formas de guerras e sem os atrasos prolongados, característicos das mesas de negociações (LIVINGSTONE, 1986, p. 18).

A realidade é que os terroristas, sejam eles vinculados ao Estado ou a grupos terroristas, esperam que seus atos forcem mudanças no Sistema Internacional, sejam elas de caráter político, econômico ou religioso ou sobre direitos, e a violência é a principal arma utilizada, pois a mesma obterá uma intensa cobertura dos meios de comunicação, chocando e trazendo a visibilidade necessária para o pretexto.

## 2. FORMAÇÃO DOS GRUPOS TERRORISTAS, A DESIGUALDADE SOCIAL E A RESPONSABILIDADE DA OPINIÃO PÚBLICA SOBRE A TEMÁTICA

Como visto, o terrorismo não é caracterizado por atos isolados, mas sim por táticas utilizadas pelos grupos organizados, solidários ideologicamente, que, a partir desta estrutura organizada, passam a planejar e desenvolver a sua abordagem, fomentando e alistando interessados, muitas vezes em meio à população vulnerável, e a soma dessa vulnerabilidade com outros fatores manipula-os para atuarem como mártires diante do sistema opressor.

Quando todas as oportunidades já foram usurpadas, a miséria, a fome, as precárias condições básicas de sustentabilidade, misturadas com a ignorância provocada pela falta de educação e aliadas a líderes religiosos manipuladores e corruptos, não surpreende que ataques violentos sejam



o único meio considerado para enfrentar tal situação. Michael Weiss e Hassan Hassan (2015) relatam:

Aproximadamente três mil afegãos-árabes passaram por centro de treinamento jihadista, onde receberam alimento, dinheiro e moradia, assim como foram aculturados a uma fronteira Noroeste estranha e heterodoxa em termos étnicos e linguísticos (WEISS; HASSAN, 2015 p. 20).

Para o terrorista ele é solidário ao próprio martírio para que consiga combater um sistema opressor. Este terrorista, que infelizmente chegou ao extremo de se suicidar, ferindo várias outras pessoas por acreditar nessa ideologia, teve a sua dignidade humana negligenciada durante anos, sua atitude violenta foi apenas o reflexo das atitudes violentas e limitadoras do Sistema Internacional, não tendo capacidade o suficiente para perceber que muitas vezes foi manipulado e conduzido a tal pensamento.

Como podemos julgar como culpado consciente o indivíduo que, por questões políticas, sociais, religiosas, étnicas ou nacionais viveu apenas experiências traumáticas, com os seus direitos humanos já consolidados nos tratados internacionais, reduzidos a quase nada, sob influência velada de líderes disfarçados de orientadores religiosos. O que fazer quando essa pessoa resolve atacar o que acredita ser o destruidor do pequeno âmbito social que vive? Para Bobbio (2004):

No contexto internacional, pode-se até verificar o caso, aparentemente contraditório, de que o terrorismo se revele a única forma de ação possível, quando os grupos terroristas não possam ser reconduzidos a nenhuma unidade territorial, ou melhor, a nenhum Estado. Este é o caso mais original e mais atual da guerrilha, sendo também aquele que envolve mais diretamente a problemática da política internacional.(...) O fenômeno terrorista em nível internacional passa assim a adquirir uma relevância que não tinha o terror dentro do Estado, porque, enquanto neste último caso o terror não representa senão das possíveis formas de luta, no terrorismo internacional ele constitui, ao contrário, a

única saída aberta para os que não se identificam com a estrutura da ordem internacional existente (BOBBIO, 2004, p. 1513).

De forma alguma defendemos e aceitamos tais atitudes de violência, independente da situação vivenciada. Se um cidadão é treinado e seus atos são considerados crimes terroristas, este indivíduo deve receber o tratamento adequado pela lei, o que estamos apresentando é a ocorrência dessa adaptação social. Entretanto, para enxergar nessa premissa é necessário desenvolver a capacidade de entender ambos os lados, antes de fazer um pré-julgamento apenas com as informações parciais e limitadas ao momento do terror.

A própria história nos mostra que o abalo que o Sistema Internacional sofre atualmente, gerando os conflitos e reivindicações dos grupos terroristas, é uma consequência de séculos após séculos de exploração solidária das grandes potências internacionais junto aos países menos favorecidos. Nesse sentido, Woloszyn (2010) nos demonstra esse fator referente ao Islã:

O movimento denominado de fundamentalismo islâmico surgiu depois do termino da Primeira Guerra Mundial, da necessidade de proteger o Islã da influência ocidental, como resultado da dominação militar e econômica na região.

Parte da sociedade muçumana vive um paradoxo. De um lado os graves problemas sociais, como a estagnação econômica e a falta de oportunidade de emprego, do outro lado, o aumento considerável da densidade demográfica. Isso, segundo alguns, é consequência da nova ordem mundial estabelecida entre outros fatores pelo fenômeno da globalização. Chegamos novamente no ponto de partida: a influência ocidental, isto é, estadunidense. (...)

Já o extremismo islâmico é um movimento nascido em 1929 com o grupo Irmandade Muçumana, do Egito. No início seus seguidores estavam voltados apenas para problemas de ordem social e religiosa (WOLOSZYN, 2010, p. 46).

No entanto, para que a visão da sociedade e da população consiga realmente enxergar a dualidade da situação do terrorismo, tanto o proveniente do Estado quanto dos grupos terroristas, é necessário que os meios de comunicação se comprometam com a veracidade das informações, o que infelizmente muitas vezes não se torna a realidade. Para Odete Oliveira (2003):

Os indivíduos são bombardeados, todos os dias, por anúncios, mensagens e propagandas que, disfarçadamente, prescrevem valores e normas de conduta, determinando “o que” e “como” eles devem pensar e agir.

Todas essas informações provocam reações diversas em cada pessoa, que poderá emitir opiniões, convergentes ou divergentes, sobre os mais variados temas. A convergência dos pontos de vista ou a concordância espontânea das opiniões constituirá a denominada opinião pública (OLIVEIRA, 2003, p. 395).

A opinião pública sobre a temática do terrorismo está mudando a cada atentado, não obstante, os terroristas também estão se modernizando e levando suas mensagens através de meios digitais.

### 3. OS ATAQUES DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O SISTEMA INTERNACIONAL

Podemos apontar como prelúdio do 11 de setembro outro atentado às torres do WTC ocorrido em 26 de fevereiro de 1993, provocado por Bin Laden, no qual seis pessoas morreram e quase mil ficaram feridas. Tendo essa tentativa sido frustrada, os construtores dos prédios vangloriaram-se, afirmando que a estrutura projetada aguentaria até mesmo a colisão de um Boeing 707.

Ironicamente, uma semana antes dos atentados de 2001, os Estados Unidos deixaram o congresso da ONU sobre xenofobia e racismo que ocorria na África do Sul como protesto pela classificação de Israel como um Estado racista.

No dia 11 de setembro, oito aviões americanos desapareceram ao mesmo tempo do controle aéreo, sendo que quatro deles foram sequestrados. As 258 pessoas que se encontravam dentro dos aviões morreram, um outro prédio ao lado das torres com 47 andares também caiu no final da tarde após a tragédia, atingindo um total de 3.800 vítimas. Depois dos atentados, em Cabul, mísseis cruzavam os céus, mas os EUA não admitiram qualquer tipo de ataque e levantaram suspeitas que tenham sido a oposição ao governo talibã.

Weinberger (2006) nos esclarece um dado ironicamente interessante:

Logo após o 11 de setembro, o único avião não militar autorizado a levantar voo foi um jato fretado que deixou o aeroporto de Logan, em Boston - o mesmo dos sequestradores - levando oitenta membros da família Bin Laden de volta para a Arábia Saudita (WEINBERGER, 2006, p. 85-86).

Após o choque dos ataques um sentimento solidário e nacionalista uniu a sociedade americana e demonstrou que eles pouco sabiam das problemáticas enfrentadas pelos outros Estados, muitas vezes causadas pela sua própria política externa. Seitenfus (2004) salienta:

Os Estados Unidos têm promovido uma oposição sistemática aos acordos e à cooperação multilateral que objetivam consolidar princípios básicos de convivência internacional: recusaram a Convenção internacional de proteção à criança, não ratificaram o acordo sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, não ratificaram o tratado que proíbe testes nucleares, não assinaram o Estatuto da Corte Penal internacional(...) Essa longa lista indica a relutância tradicional dos Estados Unidos em participar da construção multilateral e abrir mão de prerrogativas. Tal atitude enfraquece o Sistema Internacional impossibilitando criação de normas, direitos e obrigações, concedendo menor previsibilidade e segurança. (...)

As reiteradas de Washington nos assuntos internos de outros Estados, veladas ou abertas, tornaram-se uma constante, sob a

justificativa que os Estados Unidos não defendiam o egoísta interesse nacional, mas os princípios sagrados da humanidade. A intervenção poderia ser violenta e unilateral, desde que os objetivos perseguidos fossem éticos e universalmente aceitos (...) Por que os Estados Unidos opõem-se a textos cujo conteúdo pretende defender as suas intervenções no exterior? (SEITENFUS, 2004, p. 230 e 231).

Nos territórios ocupados de Israel, os palestinos comemoravam os ataques, pois os americanos são vistos como solidário ao inimigo israelense, líderes muçumanos se mostraram pesarosos, países como Líbia, Síria, Iraque, Líbano, Irã e Jordânia ficaram em alerta máxima com o clima de tensão na região, assim como Grã-Bretanha e outros países da Europa ficaram em alerta por serem solidários aos Estados Unidos.

Os ataques terroristas do dia 11 de setembro demonstraram a vivência da teoria realista. Os efeitos do planejamento da organização terrorista Al-Qaeda abalaram várias estruturas já definidas do Sistema Internacional, em todos os campos e esferas, não se restringindo apenas aos Estados Unidos. Retrocedemos e o mundo foi dividido em dois novamente: o grupo dos solidários que apoiavam a declaração do Presidente Americano Bush de que a liberdade americana foi atacada por covardes sem fé, ou seja, os Estados Unidos na batalha contra o terror; e o grupo dos que eram contra/ neutros, automaticamente transformados em solidários apoiadores de Bin Laden. Para Seitenfus (2004):

Em sua cruzada antiterror, os Estados Unidos adotaram uma atitude imperial resumida na frase “quem não estiver conosco estará contra nós”. Em face desse ultimato, curvou-se o mundo, inclusive potências nucleares tradicionais adversários de Washington, como a China e a Rússia. O terrorismo- inimigo desprovido de face e de normas- recolheu unanimidade contra si. (...).

Amplas e indiscriminadas represálias, como apregoam alguns responsáveis americanos terão como consequência a desestabilização das relações internacionais e a união do mundo islâmico e árabe contra o Ocidente. Corre-se o risco de ser efetivamente

desencadeada uma guerra de civilizações com resultados profundos e duradouros (SEITENFUS, 2004, p; 235 e 236).

Os EUA, após os atentados, invocaram o artigo 5º da OTAN, que versa sobre a solidariedade dos países membros para aquele Estado que está sob ataque, compromisso esse que foi concedido pela primeira vez em 2001. Quando a principal potência mundial foi abalada pelo terrorismo, a temática se fez presente na agenda internacional, houve uma comoção entre os Estados apoiadores da guerra ao terror.

A solidariedade dos Estados com a situação enfrentada pelos EUA tornou a guerra no Afeganistão aprovada como uma resposta legítima, mas por trás de todo o apoio, encontrava-se a insegurança que os demais Estados sentiam em relação ao terrorismo, foi necessário desenvolver estratégias antiterroristas baseadas na cooperação internacional.

De maneira geral, mobilizaram-se apoios políticos e militares para a derrubada do regime Talibã, grupo fundamentalista islâmico que se encontrava no poder e que diversas vezes estava ligado à Al Qaeda. Tendo em vista que o inimigo a ser enfrentado não possuía uma definição concreta, apenas um lugar específico o Afeganistão e uma pessoa, Bin Laden, os ataques respostas começaram.

Cada Estado possui sua soberania e, no Sistema Internacional, não existe autoridade superior a tal ponto de interferir no território de outro Estado. Os ataques ao Afeganistão, a violação que os afegãos sofreram, baseados em leis internacionais, demonstraram solidariedade ao desrespeito coletivo que era praticado. Dentre outras desmoralizações e violações de direitos, podemos afirmar categoricamente que a principal consequência dos atentados terroristas do dia 11 de setembro no Sistema Internacional foi o retrocesso e muitas vezes perda de direitos já conquistados e solidados em prol de algo abstrato como uma segurança coletiva.

A história nos mostra as decorrências do extremismo, se a população alemã em meio à pobreza e falta de perspectivas, fundou o partido político nazista, com o lema “Alemanha desperta”, é de se esperar um aumento de ataques violentos, pessoas sem perspectivas se juntando a grupos extremistas com o lema “morte ao ocidente”, o que automa-

ticamente vai gerar uma resposta com um grau superior de agressão, e a anarquia do Sistema Internacional acarreta um círculo vicioso de violência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O terrorismo não é uma abordagem atual, Sun Tzu no século IV A.C. já se utilizava de táticas para difundir o terror nos inimigos e o pânico na população para assim impedir e desencorajar contra-ataques. Se você for cristão, a própria Bíblia apresenta algumas passagens de extrema violência as quais poderíamos categorizar como um terrorismo religioso e se formos analisar pelo ângulo dos muçulmanos, o Alcorão nos apresenta uma faceta da Jihad que é um conceito de guerra santa.

O terrorismo moderno foi adaptado à realidade do sistema internacional que é solidário, inclusive com a violência. Hoje, ruas e aeroportos são os palcos para o terrorismo que saíram das dimensões regionais e militares.

A percepção da sociedade ocidental de um terrorista foi formulada com os ataques sofridos no dia 11 de setembro nos EUA. Delimitamos uma região no globo como incubadora de terroristas, então de maneira solidária tratamos todos esses nacionais com discriminação e conceitos preconcebidos, limitamos a todos os seguidores de uma determinada religião como propagadores do terror.

Esquecemos que do outro lado há uma pessoa, uma região, alguns países que, simplesmente por terem uma maneira de viver diferente do padrão ocidental, sofrem limitações econômicas, o que reflete no seu sustento. Suas soberanias estatais são desrespeitadas, seu território invadido, suas mulheres estupradas, suas casas bombardeadas com familiares dentro, mas para o sistema internacional eles que são os futuros terroristas.

O presente trabalho tentou demonstrar que o terrorismo é uma consequência do Sistema Internacional, o qual foi solidário com a perpetuação da violência extrema e sem argumentos válidos, o terrorista na maioria dos casos, é um indivíduo sem instrução, com uma história de vida da qual sabemos pouco ou quase nada, que abre mão dessa vida por

uma solidariedade a uma ideologia religiosa, que muitas vezes foi interpretada de maneira distorcida para levar vantagem para algo ou alguém.

Devemos ponderar a respeito de qual tipo de vida esse indivíduo abriu mão. Uma vida de miséria, sem acesso a direitos humanos básicos que deveriam ser protegidos, residente em um país com baixa infraestrutura, corrupção, população vivendo abaixo da linha da pobreza, ou seja, temos que discernir a personificação do indivíduo, não apenas ver o ato de violência. Não abrimos mão da responsabilização do dano causado, contudo, não admitimos rotular uma religião ou uma região do mundo como fomentador de tal barbárie.

A solidariedade das decisões dos líderes governamentais tomadas posteriormente aos atentados de 11 de setembro de 2001 nos leva ao terrorismo provocado pelo Estado; e ele é tão cruel e violento como um ataque de homem-bomba, ele mata mais que uma explosão, ele corrompe nossas esperanças e suas mortes se transformam apenas em estatísticas ou simplesmente história e estão nos direcionando a ataques futuros, a um ciclo de violência.

Como solução da situação do Sistema Internacional, Weinberger (2006) nos apresenta perguntas interessantes:

Como ficaria o mundo se a Europa simplesmente parasse de jogar o jogo norte americano? Se a Europa, como o não-Estados Unidos, parasse de vender armas para o Terceiro Mundo e enviasse apenas ajuda humanitária? Se o Leste Europeu se recusasse a comprar toda aquela parafernália militar norte-americana que a Otan exige? (...)

Se a Europa como o não-Estados Unidos promovesse, ativamente, a proteção do meio ambiente e dos direitos autorais em todo o mundo? Se a engenhosidade europeia fosse direcionada para o desenvolvimento de fontes alternativas de energias que nos libertassem desta curta, amaldiçoada e sangrenta idade do petróleo? Se a Europa pusesse em ação, nas partes do globo que estão em guerra, suas habilidades diplomáticas e as discussões de paz não ficassem mais à mercê dos caprichos e dos lobistas americanos? (WEINBERGER, 2006, p. 118).



Complementamos esse pensamento, pois acreditamos que essas ações não se restringem apenas à Europa, todos os Estados possuem capacidade para de alguma forma contribuir com a melhora da situação. Hoje estamos vivenciando uma nova onda de solidariedade mundial a favor da violência com a invasão das tropas da Rússia à Ucrânia, estamos com a angústia da incerteza do conflito entre China e Taiwan, assim como a retomada do poder do Talibã. A guerra contra o terror que vivenciamos 21 anos atrás, após os ataques de 11 de setembro de 2001 provocou todas as reações possíveis no Sistema Internacional, a única coisa com que ela não conseguiu acabar foi com o nascimento de terroristas, fica a indagação do que vamos enfrentar no futuro em virtude das guerras de hoje.

## REFERÊNCIAS

- APPADURAI, Arjun. **O medo ao pequeno número**: ensaio sobre a geografia da raiva. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2009.
- ARBEX JR., José. **Islã um enigma de nossa época**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996. (Coleção Polêmica.)
- BOBBIO, Norberto; NICOLA, Mateucci; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. Tradução de C. C. Varriale *et. al.* Brasília: UnB, 2004.
- CHIARELLI, Carlos Alberto. **A encruzilhada da integração: Brasil, Estados Unidos: Mercosul/ALCA**. São Paulo: LTr, 2004.
- DWYER, Jim. **102 minutos**: a história inédita da luta pela vida nas Torres Gêmeas. Tradução de Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- HERTSGAARD, Mark. **A sombra da águia**. Tradução de Alves Calado. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- LIVINGDTONE, Neil C. **Contra-ataque, para vencer a guerra contra o terrorismo**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986.

MASSAU, Guilherme. **Princípios constitucionais e relações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JUNIOR, Arno. **Relações Internacionais: Interdependência e sociedade global**. Ijuí: Unijuí, 2003. (Coleção Direito, Política e Cidadania, 10.)

ONU – Organização das Nações Unidas. **Terrorismo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>. Acesso em: 04 ago. 2022.

PHILIPP, Peter. 1993: Primeiro atentado contra o World Trade Center. **Deutsche Welle**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1993-primeiro-atentado-contr-o-world-trade-center/a-449487>. Acesso em: 04 ago. 2022.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões**. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

SANT'ANNA, Ivan. **Plano de ataque: a história dos vôos de 11 de setembro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Relações internacionais**. Baurer/SP: Manole, 2004.

SUN TZU. **A arte da guerra**. Tradução de Antônio Celiomar Pinto de Lima. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

WEINBERGER, Eliot. **Crônicas da era Bush, o que eu ouvi sobre o Iraque**. Tradução de Alexandre Kappaun. Rio de Janeiro: Record, 2006.

WEISS, Michael; HASSAN, Hassan. **Estado Islâmico: desvendando o exército do terror**. São Paulo: Seoman, 2015.

WOLOSZYN, André. **Terrorismo global, aspectos gerais e criminais**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2010.

# **ARTIGOS - DIREITO PENAL**



# EMANCIPAÇÃO CIVIL E IMPUTABILIDADE PENAL

*Silvando Carmo de Oliveira*<sup>34</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura arguir o tema relacionado à capacidade relativa dos menores situados na faixa etária entre 16 até 18 anos incompletos. Especificamente vamos tratar sobre a imputabilidade penal desta faixa etária olhando apenas para os emancipados civilmente. A tese a ser levantada é que caso o menor desta faixa etária seja emancipado, o mesmo se torne imputável tanto na esfera civil e criminal.

Não queremos aqui entrar nos pormenores da discussão sobre a violência, muito já se tem discutido sobre o crescimento da violência atualmente no Brasil, principalmente sobre o aumento considerável da vitimização juvenil, informações apresentadas na parte 2 deste trabalho. Assim, não se pretende minorar a discussão da violência e dar um tratamento contrário aos direitos da criança e do adolescente antagônicos ao Estatuto conhecido como ECA. O objetivo aqui não é explorar o sensacionalismo da mídia, que faz de forma pontual o levantamento da questão da redução da maioridade quando um crime grave ou hediondo acontece envolvendo adolescentes.

---

34 Doutor em Economia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Ceará – Campus Sobral. Discente do curso de Direito da Faculdade 5 de Julho (F5) – Sobral-CE.

De outra forma, não corroboramos com as ideias de que os adolescentes que cometem atos infracionais não sofrem as consequências dos atos praticados, admitimos que de fato são responsabilizados de forma adequada ao nosso ordenamento jurídico.

O propósito deste trabalho é que vamos trazer à discussão um ponto bastante específico sobre a questão da emancipação dos relativamente incapazes. O assunto a ser levantado parte do questionamento: Por que emancipar? A proposta aqui seria que caso esta faixa etária tivesse o benefício da emancipação dada pelos seus responsáveis, os mesmos deveriam responder por todos os seus atos na esfera civil ou criminal, como se adulto fossem. Consideramos esta “brecha” da lei uma grande distorção da legislação vigente.

Outra questão que poderia ser levantada: Como ficariam os demais menores não emancipados? Para estes permaneceria a legislação como se apresenta atualmente, ou seja, sem alteração.

Para a finalidade desta discussão, percorremos o seguinte caminho. Primeiramente será apresentado um breve relato sobre a emancipação civil, posteriormente a imputabilidade penal, na sequência o objetivo do trabalho, discutir o tema proposto que versa sobre a imputabilidade penal individualizada para os emancipados considerados como relativamente incapazes, e por fim as conclusões.

## 1. EMANCIPAÇÃO CIVIL

A emancipação em sentido *lato* tem grande importância na sociedade, pois traz impactos em todas as esferas sociais. Importante é entender as consequências atreladas às questões temporais. Mais especificamente, entender o sentido da palavra no contexto histórico e suas diversas associações e sinônimos empregados, podemos mencionar liberdade, privilégios, liberação, igualdade, independência, entre vários outros passíveis de abordagem.

De acordo com Beltrame e Azevêdo (2017, p. 73), “o conceito de emancipação originou-se no Direito Romano, tendo continuidade no período medieval, terminando por se consolidar na tradição do Iluminismo com essa característica jurídica”.

Longe de querer fazer uma abordagem histórica sobre o tema, cabe destacar a falta de consonância do conceito *en passant* pelo Iluminismo, Humanismo até a Idade Contemporânea.

Com efeito, o intento é compreender do nosso ordenamento jurídico o conceito de emancipação, suas inter-relações e consequências fáticas com o direito penal. Entretanto, notório ressaltar que o tema emancipação permeia a história do Brasil desde o Império, especificamente em virtude da abdicação de Pedro I, que se verificou em 7 de abril de 1831, seu filho foi aclamado Imperador do Brasil com o título de D. Pedro II aos 5 anos de idade.

A Constituição de 1824 não faz referência sobre o conceito de emancipação, contudo no capítulo V – Da Regência na menoridade, ou impedimento do Imperador – observamos alguns artigos correlatos sobre o tema em questão:

**Art. 121.** O Imperador é menor até á idade de dezoito annos completos.

**Art. 122.** Durante a sua menoridade, o Império será governado por uma Regência, a qual pertencerá ao Parente mais chegado do Imperador, segundo a ordem da Successão, e que seja maior de vinte e cinco annos.

**Art. 130.** Durante a menoridade do Successor da Corôa, será seu Tutor, quem seu Pai lhe tiver nomeado em Testamento; na falta deste, a Imperatriz Mãi, em quanto não tornar a casar: faltando esta, a Assembléa Geral nomeará Tutor, com tanto que nunca poderá ser Tutor do Imperador menor aquelle, a quem possa tocar a successão da Corôa na sua falta.

Assim, conforme explicitado anteriormente, na Carta Magna de 1824 inexistia o termo emancipação, além de que a maioridade somente era exercida aos 18 anos de idade. O fato relevante à época deu-se em virtude das várias revoltas liberais que sacudiam o Império, o Senado foi obrigado a antecipar a maioridade de D. Pedro II aos 14 anos de idade, ficando o referido ato conhecido na história como o golpe da maioridade. De forma análoga, a implicação do golpe é equivalente ao conceito

de emancipação civil, já que a plena capacidade se estendia a todos os atos da vida normal inclusive o da esfera penal.

Atualmente, com o recente advento do Código Civil de 2002, a emancipação tem diferentes impactos na esfera civil e penal, fato este que será abordado posteriormente. De início, vamos nos ater à questão das particularidades da maioridade civil relativa do nosso ordenamento jurídico, mas especificamente focar nos jovens maiores de 16 anos e menores de 18 anos, ou seja, os considerados relativamente incapazes.

O cerne da questão versa saber se a emancipação implica na capacidade de fato sem o mesmo ter atingido a maioridade, pois de acordo com o art. 5º do Código Civil a maioridade plena é atingida apenas aos 18 anos, assim o indivíduo fica habilitado para todos os atos da vida civil e criminal.

O Código Civil estabelece algumas hipóteses em que os maiores de 16 e menores de 18 anos podem gozar dos efeitos da capacidade civil plena, que preconiza as formas de emancipação em conformidade com o parágrafo único do artigo 5º do Código Civil de 2002:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Dessa forma, a emancipação poderá ocorrer de três formas: voluntária, judicial e legal. Por tratar-se de um benefício irrevogável, ainda



assim não exclui a responsabilização penal dos pais em atos ilegais que o filho venha a praticar. Justamente neste aspecto, relativo aos desdobramentos da lei argui-se que esta objetividade é ilegítima não admitindo a reponsabilidade de terceiros que não tenha praticado ato ilegal na esfera cível.

A problemática dá-se justamente neste ponto, sendo o emancipado adquirente da capacidade plena e de fato na esfera civil, deveria ter a mesma equiparação na esfera penal. Aqui arguimos a tese de que apenas o menor relativamente incapaz, caso consiga a sua emancipação, deveria assumir todos os atos como se fosse plenamente capaz na esfera civil e criminal. Aos demais não emancipados permaneceria conforme dispõe a lei.

Em contrapartida, por que emancipar? Advoga-se aqui as referidas implicações da emancipação, em sentido contrário nossa posição vai de encontro às exceções da lei, cujo posicionamento é oposto à emancipação dos relativamente incapazes.

Sendo assim, admitimos que a emancipação, se concedida, conforme a legislação atual, deveria surtir os efeitos legais da prática de todos os atos da vida civil e penal. A responsabilização de terceiros, por exemplo, os pais, sobre os atos civis praticados pelos filhos emancipados decorrentes de atos ilícitos. Entendemos que a emancipação implica na capacidade legal de adquirir direitos e obrigações sob o adquirente e não a terceiros.

Parafraseando Gonçalves (2016, p. 135), a referida emancipação “decorre de ato unilateral dos pais, reconhecendo ter seu filho maturidade necessária para reger sua pessoa e seus bens e não necessitar mais da proteção que o Estado oferece ao incapaz”.

Segundo Romano (2017, p.1), no direito clássico e pós-clássico os relativamente incapazes tinham responsabilidades penais sobre as suas práticas delituosas, conforme segue:

Eram relativamente incapazes, no direito clássico e pós-clássico: os *infantiae proximi*; os *pubertati proximi*, isto é, os que já se achavam muito próximos da puberdade, os *púberes* menores de 25 anos no direito pós-clássico; as mulheres quanto a certos

atos que exigiam a intervenção do pretor; os debiles, os que não poderiam administrar seus bens por causa de surdo-murdez ou moléstia crônica e os pródigos ou quem esbanjava os seus bens por não ter por eles o apreço normal. Os relativamente incapazes, com exceção dos infantiae proximi, eram responsáveis por seus delitos, porquanto se dizia que podiam discernir o bem do mal.

Evidentemente, a presunção da maturidade biopsicológica seja a idade na qual o indivíduo atinja a maioridade, entendemos a necessidade de discussão deste parâmetro em decorrência da velocidade das transformações culturais advindas da tecnologia.

## 2. IMPUTABILIDADE PENAL

Conforme citado, a questão da imputabilidade ou inimputabilidade penal remonta ao direito romano. No Brasil, o direito lusitano foi aplicado desde os primórdios do descobrimento. Vale destacar as Ordenações Afonsinas, posteriormente as Ordenações Manuelinas.

Vale ressaltar que no Brasil já tivemos a pena de morte, segundo Bittencourt (2006, p. 16) “em 1603, Filipe II promulgou as Ordenações Filipinas com punições cruéis de tortura e predomínio de pena de morte e vigorou por dois séculos. A única exceção contra a pena de morte se aplicava aos menores de 17 anos, que poderia substituir a pena por outra, porém não menos cruel”.

Somente no Brasil Império é que as ordenações foram substituídas por D Pedro I e em 1830 foi apresentado o Código Criminal inspirado no Código Penal Francês. De acordo com Fonseca (1994, p. 63), podemos destacar uma mudança qualificativa da pena se considerarmos para fins de comparação o atual Código Penal de 2002 à questão dos relativamente incapazes, “a seu turno os maiores de 14 e menores de 17 anos tinham um tratamento diferenciado, visto que se o julgador entendesse justo aplicaria a pena cabível ao adulto, diminuída de 2/3”.

Somente no Código Penal de 1940 é que a imputabilidade se aplicava apenas aos maiores de 18 anos, para os menores presumia-se que os mesmos não tinham a capacidade plena de entender as ilicitudes dos

seus atos. Assim sendo, o Código Penal de 1969 discorre novamente sobre a responsabilidade penal dos jovens entre 16 anos até os 18 anos incompletos.

Há que se destacar, nas palavras de Fonseca (1994, p. 66), que:

O Decreto-lei nº 1.024 de 21 de outubro de 1969, procurou introduzir uma novidade quanto ao tema da inimputabilidade, preceituando no art. 33, que se transcreve verbis: O menor de 18 anos é inimputável salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de 1/3 até a metade.

Percebemos então que a presunção de pena absoluta se aplicava apenas aos menores de 16 anos, aos jovens entre 16 e 18 anos a presunção era relativa, ou seja, era conhecida como Imputabilidade Especial, devido ao critério de aplicação somente puder ser declarado por um juiz.

Somente com a Constituição de 1988 é que de fato ficou assegurado aos menores de 18 anos a condição de inimputabilidade plena, assim a ilicitude cometida é vista agora como um ato infracional sujeito a medidas de restrição socioeducativas de acordo com o agravo cometido.

Importante também destacar que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), revogou o Código de Menores adotando agora a doutrina da proteção integral.

O cerne da discussão que impede aos menores de 18 anos a imputabilidade é se de fato na faixa etária compreendida entre 16 e 18 anos são de fatos incapazes de compreender o caráter ilícito de seus atos.

O Código Penal em seu artigo 26 diz que são Inimputáveis: Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Resta claro uma problemática, ou seja, pelo artigo visto, a inimputabilidade não exclui o ato ilícito praticado, apenas garante que a isenção

da pena será dada por legislação especial, portanto não exclui a culpabilidade.

Outra questão que se pode arguir, considerando apenas as situações de normalidade psíquica do agente, não seria plenamente capaz de compreender seus atos? Não teria condições de comparar o caráter ilícito do seu comportamento? Poderia ter agido de outra forma diferente da conduta praticada?

Segundo Dutra (2006, p. 16):

A imputabilidade penal está associada às capacidades intelectual e volitiva do sujeito autor de um delito. No caso, para caracterizá-la, questiona-se se o sujeito era, ao tempo da conduta, capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Caso a resposta seja positiva, ele poderá ser responsabilizado (culpado) pelo que fez, e receber uma pena; caso contrário, não poderá receber nenhuma sanção penal.

De outro modo, Fonseca (1994, p. 15), sobre a inimputabilidade penal no sistema brasileiro, afirma que: “o critério adotado para essa avaliação atualmente é o biológico. Ao aferir-se esse grau de entendimento do menor, tem-se como valor maior a sua idade, pouco importando o seu desenvolvimento mental.”

Outro ponto que merece discussão é sobre a proporcionalidade do ato infracional praticado pelos relativamente incapazes. Dois pontos merecem destaque: a condição social de quem pratica o ato em confronto à segurança da sociedade. O que deve prevalecer? Como garantir os direitos humanos neste embate?

Muito se tem discutido na sociedade atual brasileira sobre a redução da maioria penal para 16 anos de idade, e no que concerne à teoria vigente temos dois posicionamentos diametralmente opostos, os que advogam pela redução, e aqueles contrários à redução em virtude da ineficácia do sistema de ressocialização do menor no Brasil.

Indiscutivelmente se observamos o artigo 5º da constituição dos direitos e garantias fundamentais, observamos 78 incisos que tratam sobre os nossos direitos fundamentais, direitos estes bem sacramentados, en-

tretanto na prática existe um aumento da violação de diversos direitos fundamentais principalmente da população mais pobre em virtude da dificuldade de acessibilidade à justiça gratuita e de qualidade.

Devido à falta de acesso à justiça, presenciamos nos noticiários diariamente o aumento da violência entre os mais jovens, muito desta violência decorrente da ausência do Estado, por consequência, perpetua-se a desigualdade social de forma cíclica.

Não menos meritório, o elemento mais importante do elo entre a emancipação civil e a imputabilidade penal é o acesso à educação, relativo ao artigo 205 da Constituição Federal de 1988, tem-se:

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.

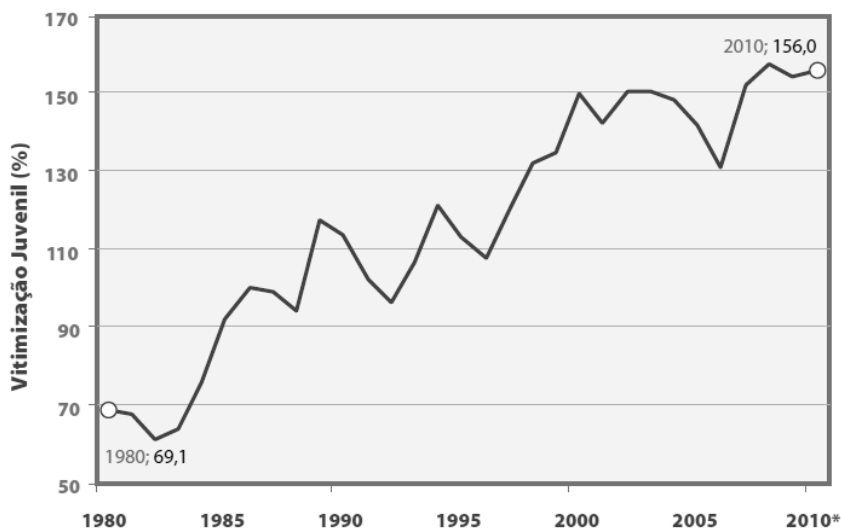
Para fins de clareamento da discussão, iremos apresentar a taxa de homicídio juvenil (15 aos 24 anos) extraída do Mapa da Violência (2012, p. 79).

Conforme podemos observar no Gráfico 1 a seguir, o índice de vitimização juvenil em 2010 foi de 156, significa que, proporcionalmente, há uma vez e meia mais homicídios juvenis do que nas demais faixas etárias, e que a tendência observando o ano de 1980, infelizmente, é de crescimento.

De outra forma, o foco da argumentação é buscar explicar que dentre todas as medidas de prevenção que podem ser tomadas a mais eficaz segundo nossa visão seria a educação como forma de ressocialização na formação do indivíduo infrator juvenil e formação do seu caráter, assumimos uma posição contrária à adoção de leis mais severas aos jovens.

Uma das principais consequências do aumento da criminalidade nos grandes centros urbanos deu-se em decorrência da migração desordenada rural-urbana no século XX, que trouxe várias consequências atuais, entre algumas podemos citar a privação de acesso às escolas, o subemprego, crescimento das favelas e a marginalização em face da inoperância do Estado para suprir as demandas desta população.

Gráfico 1. Vitimização juvenil (%). Brasil, 1980/2010\*



Fonte: SIM/SVS/MS; \*2010: Dados Preliminares.

Por fim, cabe destacar que a imputabilidade penal é cláusula pétrea da Constituição Federal no seu artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Então, a princípio a discussão sobre a redução da imputabilidade penal não pode ser alterada, alguns autores advogam não ser passível de modificação devido a sua rigidez, outra corrente favorável argui que a evolução da sociedade gera pressão em mudanças, já o Supremo Tribunal Federal admite a mudança de cláusulas pétreas através de Emenda à Constituição.

### 3. IMPUTABILIDADE INDIVIDUALIZADA AOS EMANCIPADOS

A imputabilidade é um conceito jurídico com implicações diferentes no Código Civil e Penal. No atual Código Civil vigente, o artigo 5º extingue a menoridade do indivíduo aos 18 anos, ou seja, adquire capacidade plena para a vida civil. Nessa mesma idade o indivíduo passa também a ser imputável na esfera penal.

A principal diferença é de que a responsabilidade civil tem caráter indenizatório e tanto o agente, pais, tutores ou responsáveis respondem pelos atos do agente, aqui estamos considerando o menor relativamente incapaz. Ao contrário, na esfera penal, é o agente que responde pelo seu ato, não existe a possibilidade de a responsabilidade penal ser transferida a terceiros, por exemplo, os pais ou tutores. Porém, cabe uma ressalva, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, logo não respondem pelos seus atos e seguem a legislação especial.

De acordo com Moreira e Fuks (2018, p. 512 e 513), sobre imputabilidade do código penal:

A doutrina costuma enumerar duas condições pessoais como sendo indispensáveis para a perfeita compreensão do ato praticado: a maturidade, estabelecida, no Brasil, pela regra cronológica, fixando a maioridade penal nos 18 (dezoito) anos e a higidez mental. Quanto a esta última, adotou-se a medida biopsicológica, que, associando os critérios biológico e psicológico, pretende averiguar se o agente era, ao tempo do fato, mentalmente sã e se tinha capacidade de entender o seu caráter ilícito ou de se determinar de acordo com ele, reunindo, dessa maneira, a noção de saúde mental, acrescida da capacidade do indivíduo de apreciar o potencial criminoso do fato.

Sobre os inimputáveis Costa Jr. (2005, p. 99) afirma que “os menores de 18 anos são responsabilizados pelos atos praticados, os quais configurem crime ou contravenção penal. É que ‘imputabilidade’ e ‘responsabilidade’ tem significados diferentes. Necessário, portanto, distingui-las, uma vez que costumeiramente se confundem as expressões. A imputabilidade é um pressuposto, enquanto a responsabilidade é uma consequência”.

Assim devido ao Código Penal vigente ao considerar dois critérios que são característicos da inimputabilidade, o biopsicológico referente à capacidade mental do agente e o biológico que observa a maturidade mental, ou seja, a ausência de um deles constitui característica objetiva e

absoluta ao considerar o menor relativamente incapaz civilmente, como totalmente incapaz penalmente.

Nosso objetivo é sugerir um novo olhar na esfera penal para os relativamente incapazes na esfera civil, que possam responder como imputáveis na esfera penal exclusivamente aqueles que foram legalmente emancipados na esfera civil.

Para fazer um contraponto à lei penal sobre a imputabilidade dos menores, cabe alguns questionamentos: considerando que o menor praticou algum crime na esfera penal, se tal ato pode ser tipificado como crime, se o agente quis o resultado, como pode o mesmo não entender a ilicitude do seu ato. Em outras palavras, este grupo específico considerado anteriormente, emancipados para todos os atos da vida civil, não teria capacidade para entender a sua culpabilidade sobre o ato praticado?

A questão aqui levantada aventa sob a hipótese de termos uma pena individualizada para cada caso ao grupo específico estudado, acredita-se que esta faixa etária já tenha condições suficientes de discernir entre o caráter lícito e ilícito dos seus atos, em virtude de que seus responsáveis concederam a sua emancipação civil, assim deveria tal ato implicar também em emancipação penal, ou seja, tornar-se imputável para todos os efeitos e aplicações da lei penal.

Vejamos então à questão da imputabilidade no direito comparado, buscando captar elementos relativos ao tema maioridade e menoridade penal; contudo cabe uma observação, apesar do posicionamento de arguir a imputabilidade para um grupo específico, nosso posicionamento é o de que toda pena deve ter como objetivo principal a reintegração do adolescente ao convívio social e familiar.

No Peru, a imputabilidade penal vai até os 15 anos para quem comete crimes de terrorismo, em Cuba os menores entre 16 e 18 são imputáveis e a avaliação dá-se caso a caso, ou seja, a punição é individualizada e pode ser reduzida até a metade como forma de reeducação do menor infrator.

Na Alemanha, crimes considerados graves podem ser julgados pela legislação tradicional a partir dos 14 anos, nos Estados Unidos, os estados da Carolina do Norte e Nova York permitem a aplicação de penas aos 16 anos como se adulto fossem.



Ademais, trouxemos alguns exemplos de situações particulares em que os jovens entre 16 e 18 anos podem responder criminalmente pelos atos praticados decorrentes de algumas situações específicas, percebemos então que a proposta trazida no trabalho não se configura uma exceção em relação ao direito comparado. Não pretendemos aqui diminuir a maioridade penal, assim como a maioria dos países no mundo seguem o nosso padrão de considerar imputável apenas os maiores de 18 anos, estamos aqui buscando considerar uma exceção ao nosso ordenamento jurídico na consideração da aplicação da imputabilidade, levando-se em consideração através dos poucos exemplos trazidos, que muitos países adotam algumas particularidades penais.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que, dentre os critérios adotados pela legislação civil e penal brasileira, resta destacar que o Estado e sociedade passam por evoluções dos costumes, normas e demais relações sociais, o Direito precisa também acompanhar estas transformações e mudanças de paradigmas e superar alguns conceitos a fito de reformar algumas leis que causam discrepâncias nos códigos citados.

Assim, observamos que pontualmente existe uma discordância entre as leis civis e penais no tocante aos jovens emancipados entre 16 e 18 anos, enquanto civilmente o mesmo pode assumir todos os atos da vida civil como se adulto fosse, ou seja, passa da condição de relativamente incapaz para capacidade plena dos seus atos civis. Já penalmente os jovens desta faixa etária são sempre considerados inimputáveis, assim não respondem pelos crimes praticados e estão sujeitos à legislação especial.

Como forma de corrigir esta distorção, propõe-se neste trabalho alinhar o Código Civil com o Penal para esta faixa etária entre 16 e 18 anos, cabe ressaltar que a validade da lei deve se aplicar somente para os menores emancipados, aos demais não emancipados a lei permaneceria como está.

De outra forma, já foi apresentado que tal modificação não acarretaria uma grande distorção na legislação penal e civil, destacamos algumas experiências de outros países sobre o tema e faixa etária através do direi-

to comparado, e constatamos que estes países também admitem várias exceções para a imputabilidade penal de alguns jovens relacionados a crimes específicos praticados pelos adolescentes desta faixa etária.

Em verdade, sobre o tema não existe uniformidade sobre o momento em que o menor temporalmente deixa de ser adolescente e passa a ser adulto, conforme exposto a maioria dos países no mundo tem como regra o limite de 18 anos, porém dada a dinâmica e evolução da sociedade acreditamos que os jovens emancipados possam ter a capacidade de entendimento do caráter ilícito das suas ações.

Outrossim, não estamos defendendo a redução do limite da imputabilidade penal, reconhecemos a incapacidade do Estado em ofertar soluções adequadas a esta problemática, o que se propõe na maioria das vezes é tentar minorar os problemas sociais advindo dos menores com leis mais rígidas, assim acreditam que o problema poderá ser resolvido, ou seja, criam meros paliativos mas nunca atacam a causa, e sim apenas as consequências dos atos infracionais.

Também não podemos deixar de mencionar o aumento da prática de atos infracionais cometidos por jovens e adolescentes, no entanto vale destacar que a responsabilização pelo ato infracional ou crime não deixará de existir, não basta olhar somente para a terminologia jurídica da lei pelo descumprimento de uma norma, ao considerar o ato como inimputável.

A responsabilização do ato existe através de outra conceituação, a medida socioeducativa, e em decorrência da estrutura dos nossos presídios em comparação com as unidades de moradia ou internação não constatamos grandes diferenças na prática no cumprimento de uma determinada pena.

Para atender aos anseios da proposta do trabalho, sugerimos para o grupo específico que a imputabilidade penal e civil seja individualizada, avaliando caso a caso, em conformidade com a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XLVI, que preconiza “a lei regulará a individualização da pena”.

Conclui-se que, apesar da alusão de modificação da lei penal através de emenda à Constituição, considera-se ser o exame de personalidade crucial no entendimento objetivo da capacidade intelectual do jovem

infrator, observando os princípios básicos dos direitos humanos e não somente a aplicação subjetiva da pena pelo magistrado, cujo resultado final é o de atender a boa convivência social.

## REFERÊNCIAS

- BELTRAME, Matheus Maria; AZEVÊDO, Edmilson Alves de. **Emanipação e sua problemática trajetória conceitual. *Problemata. Revista Internacional de Filosofia***, v. 8, n. 2, 2017.
- BITENCOURT, Ila Barbosa. **A teoria da actio libera in causa e a imputabilidade penal**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL: **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Institui o Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 3 ago. 2022.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- DUTRA, Carlos Augusto de Amorim. **A imputabilidade penal e as medidas aplicáveis a adolescentes infratores no Brasil e na Argentina**. 2006. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais para o Mercosul) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- FONSECA, Lavínia Tupy Vieira. Imputabilidade penal. **R. Dout. Jurisp.**, Brasília, (45): 59-82, maio/ago. 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. V. 1.
- LIMA FILHO, Francisco das C. **Alteração das cláusulas pétreas e o poder constituinte evolutivo**. Brasília: Revista TST, 2004. 12 p.

- MOREIRA, Greta Fernandes; FUKS, Betty Bernardo. “BÁRBARA-CENA”: da imputabilidade penal à responsabilização subjetiva do criminoso psicótico. **Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.**, São Paulo, 21(3), 511-524, set. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1415-4714.2018v21n3p511.6>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção Constituições Brasileiras 1824, v.1**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 13. ed. Barueri [SP]: Manole, 2019.
- ROMANO, Rogério Tadeu. **A capacidade jurídica no direito romano**. Disponível em: <https://bodeu.jus.com.br/publicações>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- WAISELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil**. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.

# A LEI CAROLINA DIECKMANN (LEI Nº 12.737/12) E A TUTELA PENAL DA INVIOABILIDADE DE SEGREDOS À LUZ DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

*José Ewerton Bezerra Alves Duarte*<sup>35</sup>

*Romeu Tavares Bandeira*<sup>36</sup>

*Wenderson Silva Marques de Oliveira*<sup>37</sup>

*Maria Beatriz Sousa de Carvalho*<sup>38</sup>

## INTRODUÇÃO

De acordo com os dados publicados pela *Fortinet Threat Intelligence Insider Latin America*, durante os meses de janeiro a setembro de 2020,

---

35 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Futura de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade São Francisco da Paraíba. Servidor Público Efetivo na Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba. Professor Universitário de Direito Penal do Centro Universitário Vale do Salgado e da Universidade Federal de Campina Grande.

36 Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e Professor Universitário do Centro Universitário Vale do Salgado.

37 Mestre em Administração pelo Centro Universitário Unihorizontes de Belo Horizonte-MG. Especialista em Gestão Empresarial pelo Centro Universitário Una de Belo Horizonte-MG. Especialista em Estudos de Política e Estratégica pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra de Belo Horizonte-MG. Coordenador e Professor Universitário de Direito Empresarial do Centro Universitário Vale do Salgado.

38 Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade São Francisco da Paraíba. Advogada. Coordenadora e Professora Universitária do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Vale do Salgado.

o Brasil apresentou cerca de 3,4 bilhões de ataques no âmbito digital registrados no país. O aumento desse tipo de crime virtual, segundo os autores Medeiros e Moura (2022) e Pinheiro (2022), está diretamente relacionado com o advento da pandemia da Covid-19 (SARS-CoV-2) devido à adoção do *home office*, o qual fez com que vários indivíduos fossem induzidos a se conectarem cada vez mais através dos meios tecnológicos. No entanto, é importante frisar que os crimes cibernéticos classificados como vingança pornográfica - que é o enfoque fulcral deste artigo - já apresentava um crescimento significativo antes mesmo dessa crise no sistema de saúde ocasionada por esse vírus (MEDEIROS; MOURA, 2022).

O crime de invasão informática é caracterizado, sobretudo, pela invasão dos dispositivos de outras pessoas, seja ele conectado ou não à internet - sem a autorização do proprietário -, visto que esse crime consiste na violação do sistema de segurança do aparelho, como mecanismo para obtenção de alguma vantagem ilícita sobre a vítima (MEDEIROS; MOURA, 2022). O aludido crime viola, dentre outros direitos da pessoa humana garantidos constitucionalmente, o artigo 21 previsto pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 do Código Civil Brasileiro. Esse artigo, em especial, diz respeito à inviolabilidade da intimidade e da vida pessoal do indivíduo na acepção penal. Nesse sentido, qualquer indivíduo que contrarie ou viole, de alguma maneira, esse direito deve ser devidamente responsabilizado (BRASIL, 2012). Tal conduta infringe não só o Código Civil do país, mas também a dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, § 3 da própria Carta Magna (BRASIL, 1988).

É importante mencionar que esse direito, em específico, deve ser não só protegido, mas também blindado, pois trata-se de um dos pilares estruturais da Constituição Federal do Brasil. Portanto, qualquer ameaça a esse direito deve ser considerada um perigo, não só no âmbito da privacidade e do sigilo do indivíduo (MEDEIROS; MOURA, 2022), mas também da sua própria honra (MEDEIROS; MOURA, 2022; FILGUEIRA, 2022), e da sua imagem (ARAGÃO, 2021). Em seus escritos, Filgueira (2022) e Aragão (2021) corroboram com esta ideia ao afirmar que o âmbito virtual está sendo utilizado, por algumas pessoas, como uma ferramenta para violar o direito do outro. Desse modo, os in-

divíduos responsáveis por tais condutas devem ser responsabilizados por seus atos à luz do devido processo legal (FILGUEIRA, 2022).

Infelizmente, o sistema de segurança dos dispositivos tecnológicos não é suficiente para evitar que esse tipo de crime virtual seja realizado. Desse modo, é necessário que o Direito Penal atue no campo cibernético, visando, tanto a proteção e segurança, quanto a garantia dos direitos dos indivíduos (QUINTINO, 2012). Quintino (2012) menciona em seus escritos que o Direito Penal deve ficar atento às mudanças que estão presentes na contemporaneidade, principalmente em relação aos avanços tecnológicos. Para esse autor, essa evolução no âmbito da informática pode ser considerada como uma “faca de dois gumes”, visto que, ao mesmo tempo que ela é responsável por possibilitar a abertura de novos caminhos e oportunidades para a sociedade, ela também pode ser utilizada como uma arma para aplicação de atos ilícitos (QUINTINO, 2012).

Segundo Aragão (2021), isso acontece devido à facilidade de utilização, à rapidez da propagação das informações e à falsa sensação de que a internet é uma “terra sem lei”, tornando-se, segundo esse autor, um ambiente próspero para esse tipo de conduta criminosas, seja para praticar delitos por meio de novas maneiras ou até mesmo contribuir, de certa maneira, para o aperfeiçoamento dos crimes existentes. Nesse momento, é imprescindível que o Direito Penal atue contra a criminalidade no âmbito virtual (QUINTINO, 2012). Um dos casos mais conhecidos sobre essa temática foi o da atriz Carolina Dieckmann que teve sua intimidade divulgada - sem sua autorização - no âmbito virtual devido a uma violação do seu dispositivo eletrônico, na qual o responsável visou não só a divulgação de fotos e vídeos da atriz, mas também a própria comercialização do conteúdo íntimo violado (MEDEIROS; MOURA, 2022).

Esse caso foi o estopim para a criação da Lei n°. 12.73, de 30 de novembro de 2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Tal lei foi responsável, principalmente, por criminalizar esse tipo de crime virtual, conforme mostra o artigo 154-A do Código Penal Brasileiro, além da adição do artigo 154-B, capítulo IV referente à inviolabilidade dos segredos (BRASIL, 2012).

## 1. CRIMES CIBERNÉTICOS E O DIREITO PENAL

Esse termo - inspirado na palavra inglesa “*Cybercrime*” - surgiu no final de 1990 em Lyon, França. No entanto, inicialmente o termo foi utilizado de maneira ampla para diversos crimes de natureza virtual. A utilização do termo “cibercrime” está diretamente associada com a maneira que esse tipo de crime é cometido, visto que tais atos ilícitos são exercidos, preponderantemente, por meio do advento da internet decorrentes do próprio processo de globalização (SOUSA, 2021).

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o *modus operandis* deste tipo de crime é caracterizado por ser exercido, não só no mundo virtual, mas também por poder ser realizado através de diversos dispositivos físicos, conectados à “internet”, como computadores, celulares etc. Segundo Sousa (2021), os criminosos utilizam-se desses meios para praticarem diversos crimes, como: espionagem, roubo de dados pessoais, crimes contra a honra do indivíduo, além de muitos outros. Para Bezerra (2021), o ambiente virtual é um campo propenso para a realização de práticas ilícitas como violação da intimidade pessoal e sexual do indivíduo, segredos da vítima, estelionato, sequestro, entre outros.

Campos e Mello (2021) mencionam que para que seja considerado um cibercrime é imprescindível que ele aconteça no âmbito da informática, seja diretamente, seja indiretamente. Esse tipo de crime, segundo os autores, pode ser realizado por qualquer indivíduo desde que ele utilize a informática como mecanismo para cometer tal ato, visto que o mesmo não necessita, obrigatoriamente, estar presente na cena do crime. Ademais, eles ressaltam que o “ambiente informático” pode apresentar tanto um acesso direto com a internet ou até mesmo, em alguns casos, aqueles que utilizam do próprio dispositivo eletrônico da vítima para cometer essa prática ilícita. Sob esses aspectos mencionados, esse tipo de crime virtual configura-se como um dos desafios da segurança pública devido às suas características singulares.

Esses crimes podem ser classificados, de maneira geral, em três tipos (CAMPOS; MELO, 2021; SOUSA, 2021). - divergindo entre si de acordo com a forma que a informática foi utilizada - (CAMPOS;



MELO, 2021), sendo eles: próprios, impróprios e os mistos (CAMPOS; MELO, 2021; SOUSA, 2021).

Os crimes próprios podem ser definidos como aqueles que necessitam, desde o início, de um ambiente, um espaço virtual, para que ocorram. Logo, para este tipo de crime cibernético é essencial a presença de computadores, aparelhos conectados à internet ou rede de dados, os quais são os próprios objetos e meio de execução do crime que, por sua vez, é focado em violar os dados e/ou danificar o *software* e *hardware* do dispositivo. Campos e Melo (2018) ressaltam que para a prática de crimes próprios é necessário conhecimento aprofundado de informática, pois a partir do uso de um dispositivo ocorre a invasão dos dados, alteração, criação de dados falsos e demais atos delituosos.

Ato contínuo, para a realização de crimes impróprios não é necessário um conhecimento aprofundado no uso do dispositivo, nele os dispositivos são utilizados apenas como um instrumento para prática do crime, ou seja, funcionam como ferramentas que causam danos a outras pessoas dentro do mundo virtual, através de crimes já tipificados fora dele. Este é o tipo mais comum de crime cibernético, dentro dessa categoria se encaixam crimes de calúnia, apologia, furto, estelionato, injúria, divulgação de conteúdo violento ou pornográfico, incluindo a “sextorsão”.

Por fim, os crimes mistos têm como escopo ataques às vítimas e aos demais bens jurídicos dela, ao mesmo tempo, isto é, utiliza-se a internet, mas com um fim de atingir um objetivo maior. Um exemplo dessa modalidade de crime são os crimes eleitorais, os quais demandam a proteção dos dados eleitorais, os quais são garantidos constitucionalmente como direitos fundamentais, logo, nota-se que a proteção legislativa precisa sobrepor os dados e atar sobre os demais bens jurídicos do indivíduo (CAMPOS; MELO, 2018).

## 2. A LEI CAROLINA DIECKMANN (LEI N° 12.737/2012) E A TUTELA PENAL DA INVIOABILIDADE DE SEGREDOS

O ano de 2012 foi marcado por um avanço no âmbito legislativo devido à aprovação da Lei n° 12.737/2012, sendo conhecida popularmente e extraoficialmente também como a “Lei Carolina Dieckmann” (SOU-

ZA, 2022; QUINTINO, 2012) - durante o governo da Presidente da República da época, Dilma Rousseff (QUINTINO, 2012) -. Essa lei foi responsável por alterar o Código Penal do país, como já mencionado anteriormente referente à adição dos artigos 154-A e 154-B, alteração dos art. 266 e 298 do CPP (OLEGARIO, 2021), visando a tipificação das infrações relacionadas com o ambiente virtual, principalmente as que tinham como objetivo a invasão de computadores. Ademais, ela também possibilitou, finalmente, a ocorrência de punições específicas sobre essas condutas indevidas (SOUZA, 2022; OLEGARIO, 2021; SANTOS, 2016), visto que essa conduta invasora no âmbito virtual já era considerada outro crime, mas ainda necessitava de normas específicas sobre tipo de crime (SOUZA, 2022).

A notoriedade dessa lei está diretamente relacionada com toda a repercussão do caso da atriz Carolina Dieckmann, sofrido em maio de 2011 (SOUZA, 2022; OLEGARIO, 2021; QUINTINO, 2012). Nesse ano em questão, um hacker foi responsável não só por invadir o computador pessoal e acessar conteúdos íntimos da vítima - aproximadamente 36 fotos -, mas também por ameaçar em divulgar todo o conteúdo caso a vítima não desembolsasse R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para ele (SOUZA, 2022), o que alguns doutrinadores denominaram de “sextorsão”. Como a atriz não cedeu às investidas criminosas, o hacker divulgou todo o material íntimo na internet, que foram visualizados e compartilhados rapidamente nas redes sociais (SOUZA, 2022; OLEGARIO, 2021; QUINTINO, 2012). Devido a toda essa repercussão estrondosa, emergiu a citada lei, a qual contou com o apoio da atriz e da sociedade civil em geral (QUINTINO, 2012).

À época, muito criticou-se a lei, dizendo-se, dentre outros, que se tratava de populismo penal, devido a sua amplitude, ambiguidade interpretativa e fonte de origem. No entanto, apesar da lei surgir de um caso concreto, seria injusto negar e ignorar a importância da Lei Carolina Dieckmann para combater os crimes de natureza cibernéticas que ocorriam no Brasil e até então não enquadrados por lei penal específica (SOUZA, 2022). Em seus escritos, Souza (2022) afirma que a importância dessa lei está além dos avanços legislativos trazidos com a sua publicação, mas por também possibilitar a sensação de segurança para a

população que utiliza esses dispositivos tecnológicos e que, por vezes, encontra-se desguarnecido.

Ademais, ela também protege pessoas próximas da vítima nos casos de invasão do dispositivo. Para Sousa (2021), a criação de legislações específicas para os crimes cometidos no âmbito virtual possibilita a quebra do pensamento errôneo de que a “internet é um mundo sem lei”, regulariza e penaliza condutas criminosas praticadas nesse âmbito, como é o caso da Lei nº 12.737/12 (SOUSA, 2021), além de garantir o direito à liberdade individual, ao sigilo pessoal e também os relacionados com a vida profissional da vítima (SANTOS, 2016).

O artigo 154-A, acrescido ao código penal pela Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, torna crime invadir dispositivos alheios, conectados ou não à rede de computadores, através de mecanismos de violação de segurança com o intuito de alterar dados, obtê-los ou destruí-los, sem autorização do seu proprietário. A partir de então, torna-se crime também instalar artifícios que causem vulnerabilidade e resultem na captação de vantagens ilícitas. Essas mudanças surgem para proteger o direito à confidencialidade de dados e informações pessoais e/ou profissionais (BEZERRA, 2022; SANTOS, 2016). Cumpre consignar que a doutrina penalista, apesar das divergências, entendeu ser constitucional esta expansão da tutela penal, sobretudo, por buscar-se consagrar direitos de índole constitucional, por exemplo, o direito à intimidade da vida privada, da honra e da imagem, nos termos aludidos pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

É importante discorrer que estes crimes podem ocorrer de forma simples, onde ocorre aplicação de pena básica, ou com causas de aumento de pena, isto é, o artigo 154-A do Código Penal traz em seu bojo duas possibilidades delitivas: O delito na sua forma simples e o delito na sua forma majorada, trazendo, inclusive penas distintas para tais figuras. Além disto, há penas distintas a depender do dolo específico e do caso em concreto, ou seja, muda-se a pena base. O agente ativo deste crime pode ser uma pessoa física ou jurídica, tratando-se, pois, de crime comum, e infere-se que este agente detenha certo conhecimento informático, caso execute a conduta típica ora incriminada. Ao mesmo passo, o agente passivo nos casos de crime cibernético é o proprietário do apa-

relho invadido e que têm a sua vida íntima devassada, o qual também pode ser uma pessoa física ou jurídica, sendo, portanto, crime comum também em relação à sujeição passiva (SANTOS, 2016).

Pontua-se também que o objeto material desses tipos de crime são os dados ou informações obtidas através da invasão, ou do uso de recursos tecnológicos ilícitos e o objeto jurídico depende da finalidade apresentada pelo agente ativo, em um caso de invasão para acessar dados bancários e, conseqüentemente furtá-la, a proteção legal está sobre o sigilo e, em seguida, sobre a propriedade, sendo considerado um crime pluriofensivo por afetar pluralidade de bens jurídicos (SANTOS, 2016). Santos (2016) destaca, ainda, que a invasão representa, *per sí*, perigo concreto à privacidade e aos bens protegidos juridicamente, independente do que ocorrer posteriormente, sendo assim, elas já se configuram suficientes para mover uma ação penal contra o agente. Inclusive, em relação à dita ação penal, entende a doutrina majoritária que se trata de crime de ação penal pública condicionada, ou seja, é necessário que haja representação da vítima ou dos seus sucessores. Em mesmo ato, consigna-se que caso a vítima seja a própria administração pública, o crime processar-se-á mediante ação pública incondicionada. Por fim, em ambos os casos, o titular da ação penal é o *parquet*, qual seja, o Ministério Público.

Olegario (2021) aduz que a tipificação penal foi fundamental, pois trouxe, ao caso concreto, punições a estes delitos virtuais e trouxe uma sensação de maior proteção às vítimas, posto que, geralmente os criminosos possuem o dolo de invadir o segredo de outrem e trazer danos irreparáveis aos sujeitos passivos. Inclusive, Bezerra (2022) e Santos (2016) pontuam que o objetivo maior da Lei 12.737/12 foi punir as condutas dolosas que tolhiam a privacidade e a liberdade individual das pessoas.

No mesmo cenário, a pena em abstrato prevista é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos ou de 2 (dois) a 5 (cinco) anos a depender do amoldamento do fato típico à norma penal incriminadora. Percebe-se que em razão da pena cominada, é possível que sejam utilizados instrumentos despenalizadores, nos termos do artigo 44 do Código Penal (OLEGÁRIO, 2021; SANTOS, 2016), conforme disposto *in verbis*:

### ***Invasão de dispositivo informático***

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

- I - Presidente da República, governadores e prefeitos;
- II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou
- IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou

contra empresas concessionárias de serviços públicos (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das limitações da Lei Carolina Dieckmann, é impossível negar a sua importância, sobretudo, à sociedade civil, visto que, no contexto atual, o acesso à internet trata-se de verdadeiro direito fundamental, inclusive, há, no mundo e no Brasil, um grande número de dispositivos eletrônicos com os quais podemos navegar, nos comunicar e trocar informações, tanto de cunho pessoal, quanto profissional, e que, indubitavelmente, contém diversas informações de cunho pessoal dos usuários e que tais informações circulam de forma muito rápida e insegura, abrindo, pois espaços para que ocorram uma gama de crimes cibernéticos, a exemplo do artigo 154-A do Código Penal.

Nesse conturbado contexto, em que quase tudo modernizou-se, ou encaminha-se para tal, e existe a presença maciça dos computadores, smartphones, tablets e notebooks, é imprescindível iniciativas de proteção aos cidadãos estendidas ao mundo cibernético, sobretudo na era da globalização. Logo, percebe-se que há ainda um longo caminho a ser percorrido no Direito Penal para que esse tipo específico de crime seja devidamente punido em todos os seus âmbitos, garantindo-se, por óbvio, o contraditório e ampla defesa.

Dessarte, é dever do Estado analisar os problemas enfrentados pela sociedade e propor medidas efetivas para minimizar os impactos negativos ocasionados, em primeiro lugar, à intimidade, à honra e a vida privada das pessoas na sua esfera personalíssima, bem como dos seus familiares. Em mesmo ato, a seção IV, dos crimes contra a inviolabilidade, busca proteger a vida íntima do ser humano e o artigo 154-A (especificamente), devido ao princípio penal da especialidade, busca proteger o direito de estar conectado à rede e os seus conseqüências, ou seja, a utilização ampla dos dispositivos informáticos, dos quais entram, por exemplo, os celulares, notebooks e congêneres.

Em suma, observando as transformações ocorridas no mundo contemporâneo, nota-se que iniciativas como a criação da Lei Carolina Dieckmann e a preocupação direcionada a esta nova realidade dentro da sociedade são um passo em direção ao caminho correto que precisa ser perpetuado, visto que qualquer pessoa, seja na vida pessoal ou profissional, pode ser vítima de invasões e ter violado os seus direitos mais basilares, sendo, assim, necessária uma política criminal gestada nos Três Poderes que criem, apliquem e fiscalizem as normas jurídicas, especialmente, as do campo criminal.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Jackson José Lima de. Crimes cibernéticos: a prevalência do direito à dignidade da pessoa humana sobre o direito da livre expressão do pensamento. **Revista Processus Multidisciplinar**, v. 2, n. 4, p. 541-566, 2021. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/436/512>. Acesso em: 1 set. 2022.
- BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm). Acesso em: 1 set. 2022.
- BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 1 set. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 set. 2022.

BEZERRA, João Manoel de Vasconcelos. Aplicabilidade da Lei nº 12.737/12 sobre crimes cibernéticos. **Revista Interdisciplinar Encontro das Ciências-RIEC**, v. 5, n. 2, p. 41-68, 2022.

CAMPOS, Igor Santos de; MELO, Marcos Tulio de. **Os crimes cibernéticos no ordenamento jurídico brasileiro, e a pornografia da vingança**. 17 f. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário, Mato Grosso, 2021. Disponível em: <http://repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1000/933>. Acesso em: 7 set. 2022.

FILGUEIRA, Danielle. **Crimes digitais: a eficácia do ordenamento jurídico brasileiro em combater os crimes praticados no ambiente virtual**. 16 f. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Potiguar, Natal, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22631/1/TCC%20de%20DANIELLE%20FILGUEIRA.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022

QUINTINO, Eudes. A nova lei Carolina Dieckmann. *In: JUSBRASIL*. [S.i], 2012. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 1 set. 2022.

MEDEIROS, Maria; MOURA, Matheus. **Os crimes digitais na era da modernização do direito no Brasil: a invasão de dispositivos informáticos para fins de vingança pornográfica**. 37 f. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Potiguar, Natal, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25248/1/TCC%20-%20FINALIZADO%20-%20MATHEUS%20E%20MARIA%20LUIZA.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

OLEGARIO, Steffanny Assunção Souza. **Aumento da criminalidade virtual e a perspectiva da legislação brasileira**. 43 f. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Inhumas, Inhumas, 2021. Disponível em: <http://65.108.49.104:80/xmlui/handle/123456789/387>. Acesso em: 1 set. 2022.



- PINHEIRO, Bruno Victor de Arruda. As Novas Disposições sobre os Crimes Cibernéticos: Uma análise acerca da Lei 14.132 de 2021 e Lei 14.155 de 2021. *In: JUSBRASIL*. [S.i], 2022. Disponível em: <https://brunopinheiro23.jusbrasil.com.br/artigos/1518500029/as-novas-disposicoes-sobre-os-crimes-ciberneticos>. Acesso em: 1 set. 2022.
- SANTOS, Abimael Borges dos. Análise da Lei nº. 12.737/12, art. 154-a do Código Penal, que tipifica os delitos cibernéticos e ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann. **Revista Fatec de Tecnologia e Ciências**, v. 1, n. 1, p. 1-11, 2016. Disponível em: <https://fatecba.edu.br/revista-eletronica/index.php/rftc/article/view/1/3>. Acesso em: 5 set. 2022.
- SOUSA, Lucas Rodrigues da Silva e. **Os crimes virtuais e a eficácia da regulamentação brasileira**. 22 f. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <http://repositorio.anhanguera.edu.br:8080/bitstream/123456789/428/1/TCC%20-%20LUCAS%20RODRIGUES%20DA%20SILVA%20E%20SOUSA.pdf>. Acesso em: 7 set. 2022.

# A PRÁTICA PENAL E O ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE (LATROCÍNIO) À LUZ DAS SÚMULAS 603 E 610 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*José Ewerton Bezerra Alves Duarte*<sup>39</sup>

*Romeu Tavares Bandeira*<sup>40</sup>

*Wenderson Silva Marques de Oliveira*<sup>41</sup>

*Maria Beatriz Sousa de Carvalho*<sup>42</sup>

## INTRODUÇÃO

Nos termos aludidos pelo Código Penal Brasileiro, notadamente no seu artigo, artigo 157, §3º, inciso II,<sup>43</sup> o delito de latrocínio trata-se de

---

39 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Futura de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade São Francisco da Paraíba. Servidor Público Efetivo na Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba. Professor Universitário de Direito Penal do Centro Universitário Vale do Salgado e da Universidade Federal de Campina Grande.

40 Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e Professor Universitário do Centro Universitário Vale do Salgado.

41 Mestre em Administração pelo Centro Universitário Unihorizontes de Belo Horizonte-MG. Especialista em Gestão Empresarial pelo Centro Universitário Una de Belo Horizonte-MG. Especialista em Estudos de Política e Estratégica pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra de Belo Horizonte-MG. Coordenador e Professor Universitário de Direito Empresarial do Centro Universitário Vale do Salgado.

42 Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade São Francisco da Paraíba. Advogada. Coordenadora e Professora Universitária do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Vale do Salgado.

43 Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave amea-

crime patrimonial qualificado pelo resultado morte. Ademais, cumpre apontar que, em regra, a grave ameaça ou a violência física são elementos do delito de roubo, enquanto crime pluriofensivo, nos termos delineados pela doutrina contemporânea, a exemplo do professor Greco, que aduz sobre o latrocínio existir “numa mesma figura típica a fusão de dois ou mais tipos penais (GRECO, 2015, p. 80).

No mesmo sentido, discute-se na doutrina e na jurisprudência, em termos de prática penal, a competência para julgamento do citado delito: Se há competência do tribunal do júri ou do juiz singular criminal, sendo este, a propósito, o ponto motriz desta produção acadêmica.

Em mesmo ato, para ser considerado como um crime de latrocínio é necessário o cumprimento de dois requisitos, sendo ele: I) roubo; II) morte da vítima através da violência cometida pelo próprio agente (BRASIL, 1940). Seguindo essa linha de pensamento, é possível afirmar que para o crime ser classificado como um latrocínio a natureza da violência exercida pelo criminoso deve ser configurada de duas maneiras, sendo elas: a) roubo próprio - quando o ato ilícito é realizado antes ou durante a fase de subtração dos bens da vítima -, ou b) roubo impróprio - depois da etapa de subtração (ZANELLA; BRITO; CAVALCANTI, 2021) -. Para Silva (2014), esse tipo de crime fere dois pilares imprescindíveis e garantidos constitucionalmente: a vida e o patrimônio da vítima, além do próprio direito à segurança.

Vale, inclusive mencionar, a título de curiosidade, que o termo “latrocínio” não aparece na redação do Código Penal. Inicialmente, ele passou a ser utilizado tanto pela jurisprudência, quanto pela própria doutrina, mas foi em 1994, com o advento da Lei n.º 8930/94, que o artigo 1 da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, sofreu uma alteração (BRASIL, 1994). Tal alteração no texto normativo foi responsável por ocasionar uma nova redação no artigo supracitado, na qual passava

---

ça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...]§ 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) [...]II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) (BRASIL, 1940).

a enquadrar o latrocínio como um crime hediondo (art. 1, inciso II<sup>44</sup>). Atualmente, a nomenclatura utilizada e aceita para se referir a esse tipo de crime é “roubo qualificado pela morte” ou “roubo com resultado morte”, conforme mostra o artigo 2, inciso II, “c” da Lei n.º 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime (BRASIL, 2019). É importante ressaltar que tanto a Lei n.º 13.654/2018, quanto a Lei n.º 13.964/2019 foram responsáveis por modificarem, de certa maneira, os crimes de roubos previstos pelo artigo 157 do Diploma Penal de 1940 (ZANELLA; BRITO; CAVALCANTI, 2021).

Sob esse contexto, a finalidade deste trabalho foi analisar as discussões acerca de quem possui competência para julgar os casos de crimes de latrocínio no país, o Tribunal do Júri ou o Juiz Criminal Singular, bem como a discussão de temas afeitos ao latrocínio. Aliás, é justamente neste aporte metodológico e de referencial teórico que se discute as súmulas 603 e 610 do Supremo Tribunal Federal.

## 1. AS SÚMULAS 603 E 610 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CRIME DE LATROCÍNIO

Como mencionado anteriormente, o “latrocínio” é um crime derivado do crime de roubo, onde há qualificação por morte, nesse sentido, o crime fim, roubo, perpassa por um crime meio de homicídio, em outras palavras, mata-se para roubar ou mata-se após o roubo, visto que não importa em qual momento ocorre o resultado morte, mas, sim, que este ocorra, nos termos proclamados pela súmula 630 do Supremo Tribunal

---

44 Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3o, **in fine**); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ lo, 2o e 3o); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado (BRASIL, 1994).

Federal, a qual aduz que “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”. No mesmo cenário, a súmula 603 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”.

Obviamente, que no delito de latrocínio o dolo direto não é o homicídio, mas sim, a violação ao bem patrimonial da vítima, ainda que tal subtração não se perfaça, sendo que, como já pontuado, o latrocínio é enquadrado como crime hediondo, por meio do sistema legal e taxativo de definição. É pertinente, dentro do contexto discutido neste trabalho, frisar que no crime de homicídio, seja ele simples, privilegiado ou qualificado, o bem jurídico ao qual o Estado precisa zelar é a vida do indivíduo, enquanto no crime de latrocínio o bem principal a ser protegido pelo Estado é o patrimônio, o que coloca, juridicamente, a vida do indivíduo em segundo plano (SILVA, 2014). Esta característica é uma das responsáveis pelos questionamentos acerca da competência para o julgamento desses crimes.

De maneira geral, no delito de latrocínio, não há de forma primária, o *animus necandi*, isto é, a vontade de matar, mas, há, na verdade, um dolo voltado à consecução do delito patrimonial, mediante violência ou grave ameaça, ou seja, o próprio cometimento do roubo. Logo, no coitejo da súmula 630 do STF, a morte acontece de forma secundária, pois o agente possui a intenção criminosa de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem, e, a título de qualificação, ocorre o resultado morte como consequência direta da violação patrimonial. Depreende-se, ainda, da citada súmula que o sucesso da subtração do bem é irrelevante, visto que para saber-se se o crime está consumado ou tentado deve-se aferir, tão somente, se houve a morte da vítima, onde, em caso afirmativo, o crime perfaz-se na sua modalidade consumada (SILVA, 2014).

Para os autores Zanella, Brito e Cavalcanti (2021), esse tipo de crime é um atentado não só contra o patrimônio da vítima, mas também contra a vida da referida, mesmo que legalmente ele esteja inserido no Título II referente aos chamados “dos Crimes contra o Patrimônio”. Esse argumento é embasado nos casos onde além do sujeito ter intenção de ferir o direito ao patrimônio da vítima, ele também tem intenção, de

certa maneira, de cometer um homicídio, porque atenta-se contra a vida extrauterina da vítima.

Nessa situação específica, há o surgimento de um crime pluriofensivo, visto que ele afeta negativamente plurais objetos jurídicos e materiais ao indivíduo, quais sejam, o direito à liberdade, à integridade física e o patrimônio do sujeito passivo da ação delituosa. Desse modo, infere-se que o julgamento deve ser diferente nos casos onde a morte foi considerada dolosa, tendo, inclusive, previsto a Constituição Federal de 1988, que é de incumbência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (ZANELLA; BRITO; CAVALCANTI, 2021).

Silva (2014), por sua vez, menciona que o crime de latrocínio lesa o patrimônio e em seguida a vida do sujeito passivo do crime, nessas circunstâncias, em que se coloca como referência o atentado ao bem material do indivíduo, a competência para o julgamento do crime recai sobre o juízo singular. No entanto, nos casos de latrocínio onde a morte da vítima ocorreu de maneira meramente intencional e autônoma, a competência do julgamento deve ser responsabilidade do Tribunal do Júri (ZANELLA; BRITO; CAVALCANTI, 2021).

## 2. PRÁTICA PENAL E O CRIME DE LATROCÍNIO: COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI OU DO JUIZ CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA?

O júri popular é um instituto que não pode ser retirado do sistema judiciário por nenhum artifício, logo, é considerado uma cláusula pétrea ou, em outras palavras, um dispositivo constitucional imutável, no qual admite-se regulação apenas através de legislação infraconstitucional, sendo o CPP responsável por determinar seus procedimentos (SCHAEFFER, 2018). O Tribunal do Júri é composto por pessoas leigas. Tal composição tem o intuito de representar a cidadania prevista no Poder Judiciário (SCHAEFFER, 2018), além de democratizar, através da participação desse Tribunal no julgamento, a Justiça Penal (PAES, 2022). Esse Tribunal, conforme os escritos previstos pela Constituição Federal vigente no país, é responsável por julgar “os crimes dolosos contra a vida” (NUÑEZ, 2015; SILVA, 2014). São crimes dolosos contra a

vida: Homicídio (artigo 121 do Código Penal); Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação (artigo 122 do Código Penal); Infanticídio (artigo 123 do Código Penal); Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigo 124 do Código Penal); Aborto provocado por terceiro (artigos 125 e 126 do Código Penal).

Essa responsabilidade é embasada, segundo a doutrina jurídica do Brasil, porque a vida é considerada um dos maiores patrimônios jurídicos (NUÑEZ, 2015; SILVA, 2014), devido a isso, o Direito deve garantir uma proteção especial a esse bem jurídico maior (NUÑEZ, 2015). Nuñez (2015) menciona que apesar do latrocínio ser um crime caracterizado por roubo com consequência morte, ele não é julgado pelo Júri supracitado, pois para os “doutrinadores majoritários”, esse tipo de crime tem como finalidade subtrair os bens materiais da vítima, e não violar, necessariamente, um atentado contra a vida do indivíduo. Portanto, para que o crime seja levado ao Tribunal do Júri, ele deve apresentar um fator primordial que é o atentado contra a vida da pessoa humana, atentado este que deve ser doloso, isto é, deve haver a intenção de matar, de forma direta ou eventual. Corroborando com esse pensamento, Zanella, Brito e Cavalcanti (2021) mencionam que caso o sujeito apresente, de fato, a intenção de atentar contra a vida da vítima durante o ato, ou até mesmo assumir o risco deste atentado, já se constitui motivações suficientes para que esse crime, em específico, seja julgado por um Tribunal do Júri. Sob esse aspecto, a “vontade” do réu durante o ato ilícito deve ser considerada antes de definir quem será o órgão responsável por julgar o ato. Esse aspecto é considerado como um critério subjetivo (NUÑEZ, 2015).

No mesmo sentido, assinala Damásio de Jesus (1999, p.362):

Pela sistemática do CP de 1940, a hipótese do art. 157, § 3.º, deveria contemplar um delito preterintencional, uma vez que a expressão “se resulta” indica que a morte tipifica o delito como resultado e não como meio de execução de roubo próprio ou impróprio. O estatuto penal, porém, cominou pena de tal severidade que não se harmoniza com o delito preterdoloso: reclusão de 15 a 30 anos. Então, se a hipótese fosse de crime preterdoloso, punindo-se o resultado-morte a título de culpa com a pena mínima de 15 anos de

reclusão, estaríamos punindo o homicídio culposo qualificador do roubo com pena mais grave que a imposta para o homicídio doloso. Diante dessa iniquidade, a doutrina passou a afirmar que o tipo qualificado contempla a morte dolosa, culposa ou preterdolosa (Nélson Hungria), dolosa ou preterdolosa (Magalhães Noronha) ou somente dolosa (José Frederico Marques).

De acordo com Silva (2014), existem doutrinas que consideram crimes dolosos apenas aqueles que ocorrem quando o objetivo do acusado é essencialmente tirar a vida da vítima. Dessa forma, é possível que crimes envolvendo casos de morte não sejam direcionados para um tribunal do júri por “falta de dolo”, dentre eles são citados: roubo com consequência morte, extorsão seguida de morte, estupro e lesão corporal seguidos de morte. Segundo o autor, esses crimes possuem como agravante a morte, mas o legislador pode não os elencar como aptos ao julgamento pelo tribunal do júri, pois não atentam, com dolo direto ou eventual, contra a vida. Contudo, deve haver cautela na análise destes crimes, uma vez que também é possível que a morte da vítima, considerada apenas um agravador do crime principal, esteja munida de dolo, devendo então esses crimes serem colocados em julgamento popular, em detrimento ao julgamento por juiz singular criminal de primeira instância.

Mais a mais, Fragoso (1976, p. 334) dispõe que:

A competência para julgamento dos crimes de roubo seguido de morte e de latrocínio (morte dolosamente causada), é do juiz singular, segundo pacífica jurisprudência dos tribunais. Essa solução, a nosso ver, é inconstitucional: se a morte é dolosa, a competência é sempre do Tribunal do Júri. A competência do juiz singular restringe-se aos casos de resultado morte preterintencional.

Complementa Bitencourt (2011, p. 125):

A competência para julgar o crime de latrocínio, a despeito de um dos crimes-membros ser contra a vida, é da competência do juiz singular. Essa opção político-criminal foi feita pelo legislador brasileiro de 1940 e tem sido respeitada pela legislação posterior, pela doutrina e jurisprudência brasileiras.



Silva (2014) menciona que, apesar de toda complexidade envolvendo o crime de latrocínio, o ordenamento jurídico vigente no Brasil ainda o considera uma afronta, majoritariamente, ao bem material da vítima, não sendo visualizado, muitas vezes, contra um atentado à vida. O autor ainda relata que, no âmbito desse tipo de crime, o patrimônio da vida ocupa, infelizmente, a segunda posição de prioridade no âmbito legislativo do país. Devido a todos esses aspectos mencionados, ele defende ainda que o crime de latrocínio deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, visto que além dele se enquadrar nos crimes de natureza hedionda, ele também apresenta uma imensa complexidade.

Portanto, torna-se inviável e inconsistente o julgamento desses crimes por apenas um Juiz Singular (SILVA, 2014). O argumento utilizado é justamente pelo latrocínio se tratar também de um crime contra a vida – apesar da intenção do sujeito seja a de tomar os bens da vítima, não necessariamente sua vida (NUÑEZ, 2015; SILVA, 2014) –, visto que para ser considerado como latrocínio é necessário que o agente realize o “roubo com consequência morte” (NUÑEZ, 2015; SILVA, 2014; BRASIL, 1940; SCHAEFFER, 2018). O homicídio, nesse caso, funciona como um meio para garantir o produto da vítima. Desse modo, como o direito à vida prevalece sobre o ordenamento jurídico do Brasil, sendo garantido e tutelado pela própria Constituição Federal do país, tal crime deve ser julgado pelo Tribunal e não apenas pelo Júri Singular, pois a vida da pessoa humana sobrepõe qualquer patrimônio material (SILVA, 2014). Salienta, apesar, que tal posição doutrinária defendida por Silva é minoritária, visto que prevalece, na doutrina e na jurisprudência, ser de competência do juiz criminal de primeira instância o julgamento do latrocínio.

Por fim, Zanella, Brito e Cavalcanti (2021) e Silva (2014) apontam a existência de duas correntes em relação ao latrocínio, sendo uma embasada no “dolo” e outra na conduta “preterdolosa”. No entanto, os crimes de latrocínios são visualizados, em sua maioria, como um crime de natureza preterdolosa, ou seja, o agente responsável pelo crime não tem intenção, inicialmente, de assassinar a vítima, “apenas” de realizar a ação de subtração de forma dolosa (SILVA, 2014).

As discussões sobre a competência do tribunal do júri para julgamento dos casos de latrocínio perpassam pela alteração da Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, segundo Shaeffer (2018), ela trouxe alterações significativas no Código de Processo Penal, em especial, no procedimento do Júri. A reforma foi responsável por ampliar os recursos dos juízes para realização de absolvição sumária dos réus, agradando à doutrina majoritária, e passou a ser questionada por parte da doutrina, pois estaria violando a constituição, ao passo que permite ao juiz singular atuar no julgamento de crimes dolosos contra a vida, competência estipulada constitucionalmente ao júri. Ainda segundo o autor, ocorre discussão sobre o instituto da absolvição sumária dentro da conduta destinada ao Tribunal do Júri e questiona-se acerca da facilidade para ocorrência de inconstitucionalidades nesses processos (SCHAEFFER, 2018).

Segundo Paes (2022), há uma diferença jurídica e técnica nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, por se tratar de um Tribunal compostos por juízes “leigos”, na qual, segundo o autor, não apresentam afinidade com à lei propriamente dita, apenas com o senso de justiça, diferente do Juiz Singular que conhece e julga os casos perante às leis. Paes (2022) afirma, ainda, que o julgamento através do Tribunal do Júri é, por vezes, tumultuado, uma vez que nele participam pessoas que não têm contato diário com processos judiciais, e demanda muito tempo em sua tramitação, devido aos processos necessários para que ele aconteça, a múltipla repetição de provas e o sistema bifásico. Ademais, o autor discorre que os cidadãos levados ao Júri não participam do julgamento por opção própria e sim por obrigação legal, penalizada por multa, logo, estes jurados estariam, em grande parte das vezes, mais interessados no encerramento do procedimento, para que eles pudessem então voltar para suas respectivas casas, do que na resolução do caso.

Paes (2022) pontua também que para a ocorrência do Tribunal do Júri é preciso que sejam explicados os termos habituais do questionário exigido pela lei, ou seja, explicar o conceito de autoria, absolvição, materialidade, qualificação, desclassificação, causas para diminuição de pena, entre outros, bem como torna-se necessário que o juiz e os debatedores esclareçam aos jurados sobre os crimes conexos ao homicídio, como ocultação de cadáver, associação ao crime, porte de armas, os quais são

complexos para o entendimento de pessoas que não são inseridas dentro do contexto de processos criminais. Dessa forma, considerando a complexidade que envolve o julgamento de um crime contra a vida, o autor considera que seus resultados estão mais ligados à oratória colocada pela acusação e defesa, em detrimento às provas em questão. Logo, o autor defende que o procedimento de um Tribunal do Júri deve ser o mais simples e restrito possível e que sua competência fique restrita aos crimes dolosos contra a vida, para que ocorra fluidez na resposta dos processos jurídicos, defendendo, por fim, que o latrocínio, de fato, não seja julgado pelo Tribunal do Júri, mas, sim, pelo Juiz Criminal de instância ordinária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender a tamanha complexidade que envolve não só a execução do crime de latrocínio e as nuances do sujeito no momento do ato, mas o próprio julgamento do caso, visto que a interpretação da intenção do autor é levada em consideração, bem como a interpretação do juiz ou do júri sobre o fato ocorrido. Entende-se, também, a dificuldade em considerar o latrocínio, primeiramente, como um crime contra a vida, visto que, historicamente, no Brasil, tem-se colocado o atentado ao bem como intenção primária dentro desses crimes, e dessa forma, a morte passa a ter um caráter culposo ou preterdoloso, decorrente do crime principal de roubo. Devido a estas variáveis e à existência de pontos de vista diferentes dentro das doutrinas, é difícil afirmar para quem recai, finalmente e cabalmente, a competência para tal julgamento, apesar, de prevalecer que compete ao juiz criminal julgar o latrocínio, sobretudo nos termos delineados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, esse conflito pode ser verificado na própria literatura acadêmica, onde alguns autores defendem que o latrocínio é um crime contra o patrimônio do indivíduo, pois o atentado contra a vida acontece, mas ele não é o objetivo primordial do agente; Outros autores, a seu turno, defendem que esse crime deve ser considerado, antes de tudo, uma afronta à vida, ou seja, um crime contra a própria existência da vida humana extrauterina e, portanto, ele deve se enquadrar nos crimes que

devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, visto que se tratando de um crime extremamente complexo em todos os seus âmbitos.

Vale ressaltar, contudo, que, mesmo em meio às discussões presentes na literatura, faz-se necessário seguir a orientação constitucional imutável, a qual atribui o julgamento de crimes dolosos contra a vida ao tribunal do júri, independente dos pontos levantados acerca da sua eficiência ou não e dos problemas que esse instituto possui ou não ter. Nesse sentido, entende-se que é preciso sim analisar e discutir a competência no julgamento dos crimes de latrocínio, porém, devido à pluralidade de interpretações do próprio crime em si e das posições doutrinárias em relação a ele, o mais prudente é seguir o ordenamento constitucional e buscar um consenso que leve o julgamento desses casos a aproveitar tanto o caráter técnico do juiz singular, quanto o caráter humano associado ao júri.

Dessarte, tomando como base as orientações e jurisprudências calhadas principalmente pelas súmulas 603 e 630 do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que jurisprudencialmente há uma forte inclinação sobre o momento consumativo do latrocínio, qual seja o resultado morte, independente do sucesso da subtração do bem, assim como orientação de que compete ao tribunal do júri julgar, tão somente, os crimes dolosos contra a vida delineados no Código Penal Pátrio, o qual não engloba neste título, o delito de roubo qualificado pela morte, nominado de latrocínio, seja na sua forma tentada ou consumada, sendo que este deve ser julgado pelo juiz criminal de primeira instância. Por fim, acresça-se que, apesar das divergências doutrinárias, prevalece em termos teóricos que a orientação do STF é prevalecente entre os estudiosos do direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 13.654, DE 23 DE ABRIL DE 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que

inutilizem cédulas de moeda corrente. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm#art1). Acesso em: 1 set. 2022.

**BRASIL. LEI Nº 8.930, DE 06 DE SETEMBRO DE 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%2006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%2006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 1 set. 2022.

**BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 set. 2022.

**BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%2006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.930%2C%20DE%2006,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 1 set. 2022.

**BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal.** Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/34853/1917-TRATADO-DE-DIREITO-PENAL-VOL-1-PARTE-GERAL-BITENCOURT-24ED-2018.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

**CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal.** Vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. Disponível em: [https://www.academia.edu/13180313/Curso\\_de\\_Direito\\_Penal\\_-\\_Vol.\\_1\\_-\\_Fernando\\_Capez](https://www.academia.edu/13180313/Curso_de_Direito_Penal_-_Vol._1_-_Fernando_Capez). Acesso em: 22 set. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 3. 12. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/08/damasio-de-jesus-direito-penal-1-parte-geral-32c2aa-edic3a7c3a3o.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

PAES, Paulo Victor de França Albuquerque. A competência do tribunal do júri nos crimes conexos. **Revista eletrônica dos grupos de estudos da EJEJF**, p. 1-11, 2022.

NUÑEZ, Izabel Saenger. “Latrocínio” e “Homicídio”: uma distinção processual que separa “criminosos” e pessoas “que cometeram um crime”. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 17, n. 2, p. 128-149, 2015. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34495>. Acesso em: 5 set. 2022.

SCHAEFFER, Eliza Thaís. **A absolvição sumária pelo juiz singular importa exclusão da competência do tribunal do júri?** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/189931>. Acesso em: 6 set. 2022.

SILVA, D. B. da. **Da extensão da competência do tribunal do júri ao crime de latrocínio**. 55 f. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2014.

ZANELLA, E. L.; BRITO, A. C. de; CAVALCANTI, R. de C. CRIME DE LATROCÍNIO: ASPECTOS POLÊMICOS À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ATUAIS SOB UMA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 15, n. 3, 2022.

# A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA APENADOS MONITORADOS ELETRONICAMENTE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONCEITO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

*Raquel Alves de Oliveira Bandeira*<sup>45</sup>

## INTRODUÇÃO

O estudo realiza um breve delineamento dos princípios extraídos de uma Teoria de Justiça de John Rawls e sua respectiva contribuição a endossar políticas de ações afirmativas.

Dessa forma, considerando o estigma social que obsta a reinserção de condenados à sociedade, o artigo contextualiza os ensinamentos rawlsiano frente à reeducação de condenados que fazem uso do monitoramento eletrônico, com o intuito de demonstrar que a adoção de ações afirmativas quando adotadas pelas instituições torna-se instrumento capaz de atenuar as dificuldades enfrentadas no processo de reintegração social.

---

45 Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ (2017).

A penosa realidade do cárcere demonstra as adversidades enfrentadas pela política criminal para unificar liberdade e igualdade de modo a alcançar os objetivos consagrados na ordem constitucional. Com isso, os ensinamentos rawlsiano podem ser abordados como contributos para o enfrentamento da problemática.

John Rawls, ao construir uma teoria da justiça, pauta-se em regras e princípios justos para tornar possível a distribuição de bens e direitos, oportunidade em que sua teoria não despreza a desigualdade, de forma oposta, considera o conflito entre bens e desejos. Assim, busca harmonizar o valor individual (liberdade) com valor coletivo (igualdade).

Desta feita, inicialmente, o estudo descreve os critérios adotados por Rawls para o desenvolvimento de regras e princípios justos pelo fim de alcançar uma justiça com equidade, bem como aduz a perspectiva do autor no que concerne às ações afirmativas, e em seguida contextualiza o construto teórico de Rawls com as dificuldades inerentes ao monitoramento eletrônico, concluindo pela necessidade de adoção de políticas públicas destinadas a conjugar liberdade e igualdade.

Ademais, o estudo se pauta no método dedutivo, baseado na pesquisa bibliográfica.

## 1. BREVE ANÁLISE: JUSTIÇA COM EQUIDADE EM JOHN RAWLS

John Rawls foi um dos filósofos mais proeminentes do século XX, com destaque para a sua obra *Uma Teoria da Justiça*, promoveu importante reflexão e novas percepções diante do cenário que se ergueu ao final da Segunda Guerra Mundial. Neste sentir, aduz Lima (2019, p. 13) que: “Como o fim da II Guerra e diante de toda desumanização ocorrida, procurava-se repensar a noção de liberdade individual. Rawls, ao publicar *Uma teoria da justiça*, em 1971, retomou o valor da liberdade associando-o, porém, ao outro valor: o da igualdade.”

Com isso, um dos principais intuitos de Rawls é fundamentar uma sociedade que seja livre e justa. Para tanto, como seria possível a construção de uma sociedade com tais atributos? A resposta para a indagação foi demonstrada por meio do preceito da distribuição justa de bens e



direitos, que é alcançado por intermédio de princípios e regramentos justos (RAWLS, 1981).

Para fins de construção de princípios e regras justas, Rawls enuncia a formulação de um novo contrato social. Contudo, de maneira divergente da compreensão clássica contratual, Rawls afirma que aquele que integra a sociedade não é apto a desenvolver fundamentos e normas justas, tornando necessário que o indivíduo não esteja no gozo da sua posição social, devendo estar em uma posição originária velado pela ignorância (RAWLS, 1981).

Com isso, face à ausência de conhecimento quanto à posição que se tem em sociedade, surge uma condição de plena imparcialidade, ou seja, na posição originária se desconhece o status social, de maneira que ao não ter o prévio conhecimento do contexto em que se insere, o indivíduo não possui capacidade para estabelecer regramentos que o favoreça, portanto, desconhecendo a posição social não poderá decidir por privilégios para si, o que o faz buscar a igualdade. Partindo de tal neutralidade, firmam-se os princípios de uma justiça com equidade. Dessa forma, em razão do véu da ignorância é possível anular perspectivas pessoais, desestimulando a construção de sociedades de privilégios parciais. Assim, é mediante a condição de igualdade que se aduz os princípios de justiça (RAWLS, 1981).

Rawls designa dois princípios: o princípio das liberdades básicas e o princípio da diferença. Quanto ao primeiro, deve-se ter igual liberdade para todos, devendo ser distribuídas de maneira igualitária para que sejam usadas amplamente, assim os direitos civis e políticos precisam ser garantidos entre todos indivíduos que integram a sociedade (RAWLS, 1981). No que concerne ao princípio da diferença, se têm os motivos que legitimam a existência das desigualdades econômicas, na medida em que cada indivíduo apresenta características singulares, assim, podendo se ter a presença ou ausência de potencialidades como atributo particular.

No entanto, o desnivelamento econômico necessita ser justificado, passando a ser justo na medida em que beneficia os que não são favorecidos. Consequente, para o alcance de benesses aos desfavorecidos é preciso que seja estipulado igualitárias oportunidades, desta feita, os direitos

sociais devem ser por todos acessados, oportunidade em que permite a distribuição de bens na sociedade (RAWLS, 1981).

Dessa forma, os bens primários precisam ser acessíveis a toda sociedade, com isso, preceitua Lima (2019, p. 26) que “erradicar o não acesso a bens primários é objetivo de qualquer sociedade razoável que queira caminhar à finalidade da justiça não apenas formal, mas substantiva (igualitária)”.

Em suma, apesar da aceitação das desigualdades econômicas, não se permite o benefício seletivo, por outro lado, as desigualdades devem promover favorecimento, razão pela qual aqueles que são desprestigiados precisam contar com a potencialização dos benefícios. Com tal ponderação, ainda que mediante desproporções, a sociedade se mantém equilibrada, sendo então possível alcançar a justiça diante de um pluralismo razoável.

Conforme aduz Lima (2019, p. 9), o desígnio do pensamento rawlsiano é delinear um padrão pelo qual a conjugação de liberdade e igualdade dentro do pluralismo não seja uma idealidade, mas que haja a possibilidade de coexistirem, sendo “o objetivo último é garantir a todos o direito de se expressar e de crer naquilo que cada qual decide, sem esquecer que o fim das instituições é garantir a oportunidade de progresso moral e material a todos”.

Desta feita, Rawls construiu o conceito de Justiça que leva o indivíduo a uma posição hipotética para assim estabelecer a distribuição justa de encargos e benefícios para contributo social, o que representou um caminho oposto às posições utilitaristas do período.

## 1.1 BREVE ANÁLISE: AÇÕES AFIRMATIVAS EM JOHN RAWLS

Conforme retro narrado, Rawls traz como fundamento dois princípios, quais sejam: o da igual liberdade e o princípio da diferença, para fins de constituir uma justiça com equidade.

Pelo princípio da diferença, Rawls passa a tratar das desigualdades sociais e econômicas que estão presentes dentro de uma sociedade plural. Em sua concepção difundida, as desigualdades não podem ser ne-

gadas e devem ser aceitas, no entanto, é preciso estabelecer uma igualdade de oportunidades, portanto, as desigualdades são possíveis a partir do momento em que gerem benesses aos desfavorecidos na medida do compartilhamento dos recursos sociais.

Imerso no referido contexto, advêm as ações afirmativas, pois, com o intuito de reduzir as desigualdades socioeconômicas como é possível prover oportunidades as minorias?<sup>46</sup> As ações afirmativas permitem o enfretamento à questão, buscando prover reparação e oportunização. Lima (2019, p. 45) afirma que “A obra de Rawls reforça o conceito de ações afirmativas (*affirmative actions*) desenvolvido pela ação política do executivo e implementado pelos tribunais como meio político-jurídico de garantia de equidade entre grupos sociais”.

Com isso, mediante o ensinamento rawlsiano, acredita-se que por intermédio de ações afirmativas é possível promover o acesso de bens primários àqueles que são desprestigiados socialmente, os quais sem a adoção de uma medida reparadora como esta, dificilmente teriam os mesmos acessos. Nesse sentir:

Ora, pela lógica da Justiça, que manda dar tratamento desigual àqueles que entre si se desigualam, cabe tratamento diferenciado em favor destes. Um tratamento compensatório ou corretivo. É a discriminação reversa que pretende corrigir pelas ações afirmativas a discriminação em detrimento de grupos sociais (FERREIRA FILHO, 2011, p. 74-5).

---

46 “O termo minoria deve ser reservado àqueles grupos sociais que, independentemente de sua amplitude quantitativa, encontram-se qualitativamente em uma situação de inferioridade, seja por fatores sociais, técnicos ou econômicos. Esta é, aliás, a acepção que também atribuem ao termo os estudiosos de outras ciências sociais, referindo-se usualmente a minorias como grupos sujeitos à dominação de outros grupos prevalentes. É comum incluir-se no conceito a impossibilidade ou dificuldade no exercício da cidadania, a incapacidade de defender de forma eficaz os próprios interesses e a cidadania, a incapacidade de defender de forma eficaz os próprios interesses e a submissão perante a autoridade, controle ou poder de outros. Em síntese: a vulnerabilidade é o critério central para a definição e identificação de minorias” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 136, 2002).

As ações afirmativas revelam notoriedade na busca para prover condições igualitárias, mostrando-se necessária sua adoção, pois como afirma Hannah Arendt, “não é verdade que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (*apud*, LAFER, 1988, p. 150).

Mediante as desigualdades sociais, a ausência de medidas reparadoras, contribuiria para a consolidação de uma sociedade violadora dos direitos fundamentais o que tornaria por afrontar potencialmente a dignidade do homem.

A ausência de acesso a direitos básicos, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, dentre outros, gera a mitigação do valor humano, o que distancia a sociedade do padrão de justiça construído por Rawls.

Por isso, as ações afirmativas visam garantir oportunidades de acessos, e por visar romper com as desigualdades sociais precisam ser fomentadas, com isso, Rawls, apesar de gerar diretrizes por meio de uma posição hipotética, não constrói um ideal de justiça baseado em uma sociedade abstrata que nega a existência das diferenças, tampouco é indiferente as vulnerabilidades sociais. Assim, por outro lado, a partir de uma posição hipotética, o autor vislumbra os dilemas concretos da conjectura social e estipula meios a enfrentá-los, afirmando Lima que (2019, p. 45): “Segundo esse conceito, o Estado perfaz ações de promoção social de igualdade a partir de políticas públicas para assegurar (afirmar) direitos de grupos marginalizados ou carentes”.

Outrossim, mediante a necessidade de realização de políticas públicas para promover a igualdade de minorias, o autor afirma o papel de destaque a ser desempenhando pelos poderes Executivo e Judiciário, na medida em que “Rawls quis que a construção judicial dessas políticas, isto é, quando o judiciário intervém e obriga o executivo a implementá-las, ampliando os efeitos da lei pela interpretação do caso concreto, fosse feita pelo construtivismo político como meio do liberalismo político” (LIMA, 2019, p. 47).

## 1. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

O Estado é o detentor do *jus puniendi*, assim, aplica o preceito secundário da norma penal ao caso concreto, oportunidade em que exerce

jurisdição. Desta feita, a pena conceitua-se em ser uma sanção aplicada pelo Estado em razão do cometimento de um ato ilícito, por ter a lei penal função de admoestar e empecer condutas humanas pelo precípua objetivo de promover o equilíbrio ao convívio social.

Constatam-se três teorias que buscam aclarar a finalidade da pena, medida em que a doutrina passa a conceituar tal objetivo, quais sejam, a teoria absoluta, relativa e a teoria mista, cada qual com sua singularidade, sendo esta última a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (BITTENCOURT, 2017).

Pela perspectiva da teoria mista, a pena não se limita a retribuir o mal que fora causado pelo mero intuito de castigo, por outro lado, também se destina a atuar na prevenção de novos crimes, a fim de evitar a reiteração delitiva, na medida em que possibilite a reinserção social (BITTENCOURT, 2017).

Embora a legislação vigente se vincule à teoria mista da pena, conforme assinala o art. 59 do Código Penal, quando da aplicação prática, o viés ressocializador tem sido relativizado, o que demonstra uma ineficiência do estado em detrimento da população carcerária, bem como da sociedade que passa a suportar as consequências de um sistema prisional impotente.

Diante da problemática, o legislador buscou enfrentar a questão, ao momento em que disciplinou o monitoramento eletrônico no âmbito da execução penal, por intermédio da Lei n° 12.258/10, prevendo a possibilidade da utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado no curso do cumprimento da pena.<sup>47</sup>

Pois bem, a tecnologia refere-se a uma tornozeleira que é colocada no corpo do apenado mediante dispositivo eletrônico que permite o monitoramento via satélite – Global Position System (GPS). O referido sistema visa promover certa redução da densidade demográfica dos

---

47 Ressalte-se que as primeiras pesquisas acerca de monitoramento eletrônico em detentos surgiram nos anos 60, passando a ter uma efetiva aplicação a partir da década de 80, tendo como pioneiro no segmento os EUA. As primeiras discussões sobre monitoramento eletrônico chegam ao Brasil no ano de 2001, contudo, a discussão legislativa só é impulsionada no ano de 2007, passando a ser disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro em meados de 2010 (MADOZ, 2016).

indivíduos recolhidos nas unidades prisionais, em consequência, retira determinada parcela destes apenados das mazelas inerentes à vida no cárcere.

Tal medida, dentre diversas expectativas que almejava alcançar, buscou resguardar direitos e garantias fundamentais ora consolidados no texto constitucional. Dessa forma, mediante o prisma humanístico do desencarceramento, o monitoramento eletrônico teve por objetivo promover um avanço frente ao conflito da dessocialização, pois embora a legislação penal ampare o desígnio de aplicar uma pena visando não somente a repreensão, mas também a ressocialização, este último ainda se apresenta como uma idealidade.

Dessa forma, considerando o processo histórico da punição, e a evolução da pena em busca de fomentar o caráter humanitário aos castigos, alhures, o monitoramento eletrônico vem sendo adotado como uma alternativa ao cárcere capaz de estimular medidas que fortaleçam a dignidade do homem ao tirá-lo da sombria vida intramuros.

No entanto, ainda que sobrepe-se fatores positivos sobre a temática em comento, é possível acender o olhar aos fatores negativos inerentes ao uso do dispositivo, para tanto, Maria Lúcia Karam (2007, p. 5) afirma que o monitoramento eletrônico consiste em ser uma invasão no corpo do indivíduo, desrespeito ao direito de privacidade, consistindo em um controle penal que atinge o espaço público e privado, adiante dos limites que cabem ao Estado.

Bem como impossível desprezar que o uso do dispositivo nos corpos suscita um estigma perante a sociedade, que por muitas vezes vislumbra o reeducando como um criminoso que a qualquer oportunidade poderá voltar a delinquir, o que repercute nos atos de reintegração social.

Assim, o estigma decorrente do uso da tornozeleira eletrônica pode gerar impactos na vida em comunidade, afetando diretamente as interações sociais, como a exemplo o acesso ao mercado de trabalho, gerando obstáculos à inserção em sociedade.

Portanto, considerando tais fatores, o monitoramento eletrônico é medida capaz de estimular o desencarceramento, contudo, tem causado impactos. Logo, o maior desafio não tem sido desencarcerar, mas efetivamente ressocializar, e assim alcançar o desígnio de justiça.

## 1.1 A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA APENADOS SOB MONITORAMENTO ELETRÔNICO

A Carta Magna, em consonância com os ditames internacionais, promoveu maior abertura no tocante aos direitos e garantias fundamentais, demonstrando um amplo avanço na referida matéria em âmbito global. O texto constitucional de 1988 edifica um Estado Democrático de Direito, que visa resguardar como fundamento o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, logo, a dignidade da pessoa humana representa um imperativo de justiça social, consagrando-se como um valor essencial. Dessa forma, seja no âmbito interno ou no cenário internacional, a dignidade da pessoa humana é princípio que assume status de absoluta prioridade, para tanto, o texto constitucional em seu rol de direitos fundamentais inclui os direitos civis e políticos, bem como inclui os direitos sociais, colocando ambos em paridade, demonstrando a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, não promovendo a separação entre os direitos de liberdade dos direitos de igualdade (PIOVESAN, 2013).

Contudo, o monitoramento eletrônico é capaz de promover um estigma social que dificulta o acesso de apenados aos seus direitos fundamentais, direitos estes que não devem ser atingidos pela sentença condenatória, de outro modo, devem ser preservados e aplicados, como maneira de resguardar a dignidade humana. Isto acontece, pois a monitoração eletrônica não é mecanismo por si suficiente para garantir a eficácia da reintegração social, visto não ser o bastante para modificar as consequências de condições desfavoráveis de modo a reverter o estigma e o desprestígio social.

Com isso, necessário se faz o desenvolvimento de políticas públicas criminais que desenvolvam ações afirmativas de modo a gerar oportunidades que possam fomentar a reinserção social de apenados que representam uma parcela marginalizada da sociedade.

Erroneamente, em razão de concepções sociais fundadas em um direito penal máximo, acredita-se que a possibilidade da concepção antecipada da liberdade promoverá a reintegração social, no entanto,

como bem preceituou Rawls, não há justiça apenas com liberdade, necessário se faz a conjugação da liberdade ao valor da igualdade, sendo preciso o fomento à justiça de cunho social capaz de garantir igualdade de oportunidades.

A redução da densidade demográfica por intermédio de políticas de desencarceramento nas unidades penais não se mostra suficiente para construção do ideal de justiça proposto por Rawls, pois a liberdade é a primeira porta a ser acessada, adiante, subsiste um extenso caminho a ser percorrido para o alcance de uma efetiva ressocialização. Dessa forma, apenas a liberdade não é capaz de reintegrar, para tanto, importante se faz o estabelecimento de políticas públicas que venham viabilizar a igualdade de oportunidades de modo a prover e estimular a efetiva reintegração social ora objetivo da execução penal.

Por esta razão, necessário se faz estabelecer distinções, a exemplo, um cidadão livre e um cidadão monitorado não dispõem de iguais oportunidades, assim, conforme dispõe Ferreira Filho, “as distinções são (...), uma exigência da igualdade” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 140).

Partindo de tal concepção, adiante, o autor supracitado afirma que “justificam-se tais distinções pela finalidade que é igualar e não desigualar, mas igualar corrigindo tratamentos discriminatórios – portanto, prejudiciais ao grupo – globalmente vigóntes na sociedade” (p. 141-142).

Portanto, é necessário o estímulo à adoção de ações afirmativas direcionadas a apenados monitorados durante o cumprimento da pena, a exemplo do fomento ao ingresso ao mercado de trabalho e em atividades educacionais, pois a não adoção das referidas ações contraria os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo necessário rever a realidade e buscar formas que minimizem os efeitos negativos oriundos do monitoramento eletrônico.

Ao Estado cabe não apenas punir por punir, mas cabe a aplicação de medidas socioeducativas, visto que para reinserir é necessário investir na valorização e no respeito ao ser humano que tem seus direitos mitigados por formarem uma camada social desprestigiada.

Com isso, mediante a problemática que persiste no cenário carcerário, o poder público deve ser levado a estimular políticas públicas que girem em torno da execução da pena, buscando alcançar estratégias práti-



cas que produzam efeitos reais e necessários, pois a baixa ressocialização, por vezes, culmina em uma alta reincidência, assim, deve-se, cada vez mais, buscar aproximar-se do conceito de Justiça proposto por Rawls.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, importante é o cumprimento da pena por intermédio do monitoramento eletrônico desde que associado a políticas de ações afirmativas que se orientem pela busca da efetivação dos princípios propostos por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, substancialmente no que concerne ao princípio da diferença, na medida em que se busca maximizar benefícios para promover igualdade e acesso aos direitos sociais aos desprestigiados.

A população carcerária, em específico os apenados monitorados eletronicamente, cerne do presente estudo, iludivelmente, representam uma camada da sociedade desfavorecida, em razão do etiquetamento que é posto aos egressos do sistema prisional, ficando postos em uma situação de inferioridade frente aos demais cidadãos.

Por tais fatores, mostra-se necessário que medidas reparadoras sejam adotadas, de modo que possa compensar e atenuar a escassez de acessos e oportunidades, logo, é necessário buscar por intermédio de ações públicas o favorecimento desta camada desprestigiada.

Com isso, a antecipação da liberdade pelo uso de um dispositivo tecnológico por si só não é mecanismo suficiente para prover efetividade no tocante à reinserção social; pois desencarceramento e reintegração social não constituem uma relação de causa e efeito, portanto, necessária se faz a conjugação de liberdade com a oportunidade, para que assim seja possível alcançar a igualdade dentro de uma sociedade plural. Assim, a adoção dos preceitos constantes em *Uma teoria da justiça* permite que sejam desenvolvidas ações de inclusão que coaduna com os mandamentos constitucionais.

Ademais, ações aplicadas à população carcerária que se pautem na perspectiva desenvolvida por John Rawls possibilitará a diminuição das desigualdades e atenuará os danos oriundos do monitoramento eletrônico no curso da execução da pena.

## REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 170, 2007.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LAFER, Celso. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.
- LIMA, Newton de Oliveira. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.
- MADOZ, Wagner Amorim. Eficiência x Garantias: A utilização de sistema de monitoramento eletrônico de presos (tornozeleira eletrônica). **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 4. n. 2, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 10, 2002.

# O BENEFÍCIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN)APLICABILIDADE NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

*Marcelo Patrick Carvalho*<sup>48</sup>

## INTRODUÇÃO

O Brasil vem passando por um movimento de incorporação de institutos focados na ampliação da justiça criminal consensual em nosso ordenamento jurídico. Originários dos direitos americano e europeu, tais institutos visam a pactuação de um acordo entre o órgão acusador e o investigado, devidamente acompanhado do seu defensor, em substituição à persecução penal.

Esse tipo de acordo começou a ser incorporado na legislação brasileira após o advento da Lei n.º 9.099/95, que inseriu em nosso ordenamento os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Após, fora incluído ainda o acordo de colaboração premiada através da Lei n.º 12.850/2013, bem como a delação e o acordo de leniência.

---

<sup>48</sup> Acadêmico de Direito da Faculdade Una Divinópolis/MG.

Nessa mesma senda, com a entrada em vigor do chamado “Pacote Anticrime”, foi incorporado posteriormente no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal, que anteriormente era previsto através de Resolução expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), um negócio jurídico pré-processual, onde o investigado, voluntariamente, se compromete a cumprir as condições ajustadas, em troca da não promoção da ação penal pelo Ministério Público, desde que aceito e integralmente cumprido. Assim, considerando a inserção de institutos mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal em nosso ordenamento jurídico, aliada à figura do tráfico de drogas minorado, que permite a diminuição da pena de um sexto a dois terços, analisar-se-á se o acordo seria uma alternativa para a aplicação da lei penal ao delito em comento.

Aqui encontra-se o ponto crucial do debate, a im/possibilidade do membro do Ministério Público ofertar o ANPP àquele investigado que cometeu o delito definido no *caput* ou no § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, que, *a priori*, poderá ter sua pena reduzida em decorrência da causa especial de diminuição de pena. Discute-se acerca da possibilidade de seu reconhecimento na fase pré-processual ou se tal exercício se revela como um mero juízo de prognose. Ademais, deve-se analisar se o referido delito está em harmonia com a figura do instituto em exame.

Noutro giro, em decorrência do tráfico de drogas ser um delito que leva à segregação de milhares de pessoas, causando superlotação carcerária e o abarrotamento das varas criminais e únicas de todo Brasil, associado ainda à intenção do legislador diferenciar o grande do pequeno traficante, classificando o tráfico minorado como delito menos gravoso, com penas mais brandas, mister se faz analisar a possibilidade do oferecimento do ANPP na hipótese da incidência da redutora em comento, já que seria dispensável a instrução criminal, diminuindo a quantidade de denúncias a serem ofertadas pelo Ministério Público.

Diante desse cenário, busca-se no presente artigo analisar acerca do cabimento do acordo de não persecução penal nos casos de tráfico “privilegiado”. Para tanto, recorro à pesquisa bibliográfica, bem como às jurisprudências dos tribunais superiores, perfazendo uma análise do entendimento constante nos referidos tribunais.

## 2. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIADA

A justiça criminal negociada, possui raízes principalmente no direito americano, e busca se opor ao processo criminal tradicional. Desta forma, pactuar um acordo com o indivíduo que cometeu algum crime fica a cargo do órgão acusador, que buscará um acordo onde haverá concessões recíprocas no lugar da persecução penal.

### 2.1 ALGUMAS NOTAS SOBRE O ANPP

O acordo de não persecução penal consiste em um negócio jurídico pré-processual, formalizado entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, que se aceito será homologado por juiz, como alternativa ao oferecimento da exordial acusatória pelo *Parquet*.

No que diz respeito à abrangência do acordo de não persecução nos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, infere-se:

Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena, como inicialmente proposto pelo “Pacote Moro” e, felizmente, rechaçada pelo Congresso Nacional. Portanto, é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do timing da negociação, da arte negocial (AURY, 2020, p. 315).

Acerta o legislador ao possibilitar o acordo em certos tipos de crimes. Afinal de contas, faz todo sentido os delitos de menor gravidade

poderem receber uma resposta mais rápida e menos opressiva por meio da pactuação de acordos que independem de todo o ônus de uma relação processual, que contempla muitas formalidades, e que, por conseguinte, é demorada.

Em uma sociedade com inúmeros comportamentos desviados com resultados menos reprováveis e danosos, há de ressaltar que submeter quem se desvia a um juízo oral detalhado, ainda mais quando o fato se apresente como já esclarecido na fase de investigação, não se comporta como o mais ideal. Nesse jaez então, entra a lógica do firmamento de acordos, forma estratégica de punir quem insiste em delinquir, que independe de vários atos judiciais que podem se arrastar por anos (SCHÜNEMANN, 2009, p. 423).

## 2.2 DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO INVESTIGADO OU FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Aqui reside outra importante discussão, se o oferecimento do acordo de não persecução penal seria um direito público subjetivo do investigado ou uma possibilidade do Ministério Público de ofertá-lo quando achar pertinente.

Inicialmente, para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), a proposta do ANPP não é um direito subjetivo do réu, mesmo que preenchidos os requisitos legais, ao passo que o Ministério Público poderá, fundamentadamente, deixar de propor o acordo.

Entretanto, alguns grandes nomes do direito processual penal como Aury Lopes Jr. divergem de tal posição, defendendo constituir-se um direito do investigado, posicionamento que se mostra mais adequado, conforme restará delineado.

A propósito, assevera Bizzotto (2020, p. 52):

Poder-se objetar que não é um direito subjetivo, porque depende da discricionariedade do Ministério Público e, por isso, não haveria aí a situação de indisponibilidade do direito, que se caracteriza os direitos subjetivos. No entanto, contrariando qualquer posição neste sentido, não se deve esquecer que o instituto do

acordo de não persecução penal é de fato um direito subjetivo do investigado/acusado, que poderá reivindicar que lhe seja concedido quando preenchido todos os requisitos.

Nesse mesmo espeque, quando a mesma questão fora suscitada no instituto da suspensão condicional do processo, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que na hipótese de preenchimento dos requisitos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, é garantido ao acusado o direito público subjetivo à proposta de *sursis* processual.

A despeito disso, interpretando tal imbróglia à luz do julgado re-tromencionado, considerando o brocardo romano *ubi eadem ratio ibi idem* (onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica), satisfazendo os requisitos estabelecidos no art. 28-A do Código de Processo Penal, o investigado possuiria o direito público subjetivo de lhe ser proposto o acordo (MESSIAS, 2020, p. 40).

### 3. A LEI N.º 11.343/06 E A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – BREVE RESUMO

Sancionada no ano de 2006, a Lei n.º 11.343 é a atual Lei de Drogas. Além de revogar expressamente as Leis n.ºs 6.368/76 e 10.409/02, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes e deu outras providências. Além disso, trouxe algumas inovações, a saber, tratamento diferente dado ao usuário em relação ao traficante, a criação do crime de financiamento ao tráfico, as agravantes da pena do tráfico, a criação da figura do tráfico privilegiado e a regulamentação de um rito processual aplicável aos crimes previstos na referida Lei (GONÇALVES, 2021, p. 178).

Importante fazer aqui uma observação: o termo “tráfico privilegiado” é tecnicamente incorreto. Na realidade, a figura do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, verdadeiramente é uma causa de diminuição de pena e não um privilégio, porém o termo é ampla e vulgarmente empregado para mencioná-la.

## 4. (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

Reputo que aqui encontra-se o cerne de toda a discussão. Faremos, com base em doutrinas, julgados e em algumas reflexões, uma análise da compatibilidade do acordo de não persecução penal com o tráfico de drogas em sua forma minorada.

Ademais, para sustentarmos uma possível aplicabilidade do acordo, é necessário saber, de antemão, analisando as particularidades do caso em concreto, se de fato o tráfico será privilegiado e qual o caminho para chegaremos a essa conclusão, questão que pormenorizadamente abordaremos a posteriori.

### 4.1 INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL

Em uma primeira análise, infere-se que a lei não vedou, expressamente, a celebração do acordo de não persecução penal aos crimes previstos na Lei de Drogas. Destarte, face à inexistência de vedação legal, creio que até aqui, não há qualquer óbice para o oferecimento do instituto ao investigado que cometeu algum dos crimes previstos na referida lei somente por esta razão, desde que, obviamente, preencha os demais requisitos necessários.

### 4.2 QUANTUM DE PENA NO CASO DE CABIMENTO DA REDUTORA

De mais a mais, importante analisar o *quantum* de pena final em abstrato na hipótese de o investigado fazer jus à causa especial de diminuição de pena em decorrência do “privilégio” no tráfico de drogas.

Como visto anteriormente, o preceito secundário do crime previsto no art. 33, *caput*, ou no § 1º, da LD, descreve uma pena de cinco a quinze anos de reclusão. Ademais, a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços se preenchidos os requisitos do parágrafo quarto.



Caminhando, surge então um novo questionamento: na hipótese de incidência de causas de diminuição ou aumento de pena, deve-se levar em conta a fração em qual patamar?

Respondendo ao questionamento, temos a seguinte lição (MESSIAS, 2020, p. 32):

A fração aplicável deve ser a mais favorável ao imputado, ou seja, a que mais diminua a pena mínima em abstrato. De modo semelhante, em se tratando de causa de aumento de pena, aplica-se a fração que menos aumente a pena in abstracto.

Desta forma, infere-se que no caso do tráfico privilegiado a legislação dispõe que a pena poderá ser reduzida no limite de dois terços. Considerando que a pena mínima cominada a ambos os delitos é de cinco anos, numa situação hipotética, onde a pena será diminuída na fração máxima do “privilegio”, como é necessário, teremos uma pena final de um ano e oito meses, largamente dentro do limite estabelecido no *caput* do art. 28-A do CPP.

Destarte, até aqui, ainda parece inexistir qualquer impedimento para o cabimento do acordo no delito em testilha.

### 4.3. O ACORDO NESTE CASO SE REVELA NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA A REPROVAÇÃO DO CRIME?

Sabe-se que o Ministério Público avaliará, inclusive em derradeira análise, se o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso em concreto (§ 14 do art. 28-A do CPP).

Quanto a esse critério, leciona:

O principal critério trazido pela nova lei, contudo, remete à circunstância já conhecida na modulação da aplicação da pena. Trata-se do condicionamento do juízo acerca da assunção do acordo segundo “seja necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime” (art. 28-A). Aqui, como visto, importantíssimo papel foi reservado ao Ministério Público, em primeiro lugar, e, depois,

ao juiz das garantias, responsável pela homologação do acordo. Sempre estará presente o risco de excesso de subjetivismo na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução é demasiado extenso, a Justiça Penal negociada poderá se tornar a principal alternativa para o sistema, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos objetivos, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público (FISHER; PACELLI, 2021, p. 254).

Sendo assim, há quem sustente que o delito de tráfico, por receber um tratamento mais rigoroso pela legislação, não preencha requisito da reprovabilidade.

De fato, o Brasil tem estabelecido um tratamento jurídico-penal mais severo ao tráfico de drogas (Constituição Federal, art. 5º, inc. XLIII). Veja-se:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a 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.

Desta forma, em tese e em regra, parece que o instrumento realmente não seja necessário e suficiente para a reprovação do crime, o que por corolário, impossibilitaria seu oferecimento ao investigado. Todavia, como demonstrado preteritamente, a figura privilegiada do tráfico de drogas se comporta como uma verdadeira exceção à regra da graveza do crime, pois possui contornos muito menos malignos.

Destarte, percebe-se que, tanto o legislador (*intentio legis*), ao prever um tratamento diferenciado, muito mais brando, quanto à jurisprudência, ao também reforçar a necessidade de um tratamento distinto àquele traficante habitual, vêm, inclusive afastando a hediondez das condenações pelo art. 33, §4º da L.D. Daí conclui-se que o tráfico privilegiado não possui a mesma gravidade, e, por consequência disso, recebe uma reprimenda estatal proporcional, bem inferior.

Inclusive, para atender o princípio da proporcionalidade, o art. 42 da mesma Lei assim prevê: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” Ou seja, busca-se punir com mais ênfase aquele que desempenha um papel mais atuante no crime, praticando a traficância de grandes quantidades de tóxicos danosos à saúde, e, por corolário lógico, ao pequeno e iniciante traficante, destina-se penas menores.

Por conseguinte, parece que o argumento de que o acordo não se mostra necessário e suficiente para a reprovação do crime no delito de tráfico de drogas não encontra amparo lógico, já que aquele traficante que possui um papel de coadjuvante no tráfico recebe tratamento diferenciado, muito mais brando, justamente para separá-lo, já que punir um grande traficante e uma mula nas mesmas proporções seria deveras ilógico e desproporcional.

#### 4.4. (IN)DISPENSABILIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA AFERIR A INCIDÊNCIA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Outra questão ventilada, principalmente pela jurisprudência, é de que se fará necessária a instrução criminal para aferir a incidência ou não da causa especial de diminuição de pena, objetando, deste modo, a possibilidade de oferecimento do acordo ao investigado.

Nesse espeque, segundo decisão do e. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Recurso em HC n.º 145.629/MG, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha), a alegação relativa à eventual aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, antes da instrução, se revela como mera suposição. Por conseguinte, far-se-á necessária a instrução criminal, e o reconhecimento da mesma, ou não, só será possível no momento da sentença.

Muito embora a decisão mencione que não é possível o reconhecimento da minorante relativa ao tráfico privilegiado na estreita via do writ, todavia, nos remete à conclusão, aparentemente confortável, de que só é possível reconhecê-la no momento da sentença, pois destaca-se que do contrário seria um juízo de valor antecipado sobre condenação

final condicionando o pensamento da impossibilidade do acordo no delito em discussão.

Como já vimos anteriormente, consta previsão legal expressa que, para verificar a possibilidade do acordo, deve o membro no Ministério Público analisar o caso em concreto e aplicar, caso exista, o cálculo de causas de aumento e diminuição de pena. Além do mais, para ser cabível o ANPP, a pena mínima cominada, pela incidência de majorante em seu mínimo, ou pelo somatório, deve ser inferior a quatro anos (28-A, § 1º do CPP).

Sendo assim, caso realmente fosse indispensável a instrução probatória para aferição do vetor do *quantum* de pena, considerando as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, o legislador não teria trago expressamente esta exigência na fase pré-processual, pois o acordo se dá justamente nessa fase. Cabe então ao membro do *Parquet*, analisando o caso em concreto, com todas suas particularidades, nos restritos termos da lei e em obediência do princípio da legalidade, analisar o resultado final da pena para verificar a viabilidade do acordo.

Ademais, se mostra ilógico caminhar até a instrução para então após aferir se é cabível ou não o acordo, por duas razões: O primeiro é porque o instituto do acordo justamente evita o ajuizamento da ação e os procedimentos decorrentes dela. O segundo seria aguardar até a sentença penal condenatória, que levaria a outro problema. O acordo de não persecução penal, conforme entendimento majoritário, só é cabível até o recebimento da denúncia como vimos anteriormente.

De mais a mais, a função da instrução criminal é processar as provas colhidas na fase pré-processual com a integração do contraditório e da ampla defesa, ou seja, em tese, não revelará nenhum dos elementos aptos a afastar o privilégio. Deste modo, os elementos constantes para decisão serão os mesmos.

#### 4.5 DE QUE MODO O MINISTÉRIO PÚBLICO ANALISARÁ SE É CABÍVEL OU NÃO O ANPP NO TRÁFICO PRIVILEGIADO?

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, eventual tese defensiva da aplicabilidade do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas revela-se como mero juízo de prognose.

Entretanto, parece que tal posição não se comporta como a mais ideal. Afinal de contas, da mesma forma que o Ministério Público, ao analisar a Ficha de Antecedentes Criminais (FAC) ou a Certidão de Antecedentes Criminais (CAC), bem como por meio de depoimentos colhidos ou outros elementos obtidos em decorrência das investigações, pode afastar a possibilidade do reconhecimento do tráfico privilegiado, e, por conseguinte, do acordo de não persecução penal, o inverso também deve ser verdadeiro.

Alguns requisitos do tráfico privilegiado possuem natureza objetiva, assim, verificar se o investigado é reincidente ou possui maus antecedentes não é um exercício dificultoso. Porém, a dedicação as atividades criminosas ou a integração a organização criminosa devem ser analisadas mediante as características do investigado e do caso em concreto, e não abstratamente.

Todavia, uma coisa é certa, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*, diante da inexistência de informações de que o investigado não preencha os requisitos da causa especial de diminuição de pena, essa presunção deve propender para o lado do investigado, deste modo, presumir-se-á que ele é primário, possui bons antecedentes, não se dedica as atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Por consequência, o torna beneficiário do acordo de não persecução penal.

Para além, não bastam, por si só, meras ilações do Ministério Público para afastar a redutora prevista no § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, devendo tal posicionamento se amparar em informações/documentos hábeis.

Além do mais, é cediço que nosso país adota o sistema acusatório no processo penal, sendo assim, caberá ao Ministério Público, ao recusar a propositura de acordo, se apoiar em circunstâncias que indiquem que o investigado não faz a causa especial de diminuição de pena, não podendo ocorrer a negativa reversa, ou seja, a alegação de que não há indícios que o investigado possua o direito. Além disso, outro princípio pressente na nossa Constituição Federal que reforça essa tese é o da presunção de inocência.

No tocante à inversão do ônus probatório, percebe-se que ela não se coaduna com nossa sistemática processual penal constitucional, nem tampouco possui amparo lógico. Partindo por outro raciocínio, o lógico, provar a inexistência de algo, inclusive é uma das missões mais desafiadoras da ciência.

### Concernente ao ônus da prova:

Com fundamento no princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, é de se concluir que não compete ao acusado comprovar ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organizações criminosas. Seria extremamente difícil, algumas vezes impossível, configurando autêntica prova diabólica, a comprovação pelo réu de que, por exemplo, ele não integra organização criminosa. Portanto, o ônus de demonstrar que o réu não preenche ao menos um dos requisitos para ser agraciado com a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas recai sobre o Ministério Público (MARÇAL; MASSON, 2019. p. 84-85).

Além do mais, caso paire alguma dúvida de que seja imprescindível para o esclarecimento dos fatos, pode ainda o órgão acusador requisitar diligências com o escopo de dirimi-las. Assim, ao retorno do inquérito policial ele pode decidir se pede o arquivamento, oferece o acordo ou denúncia. Porém, é óbvio que o Ministério Público não possui interesse que as dúvidas sejam esclarecidas e que o acordo seja oferecido, justamente pelo pensamento arcaico presente na cabeça de muitos membros do MP de que a perseguição se mostra o único caminho para a punição estatal.

Evidentemente, o Ministério Público poderá deixar de ofertar o ANPP em determinado caso, porém, deverá apontar as razões que lhe fazem entender não ser cabível, razões estas presentes na legislação, em respeito ao princípio da legalidade. Indubitável que não me refiro à necessidade de comprovação, mas sim à existência de indícios aptos a afastar a aplicação de causa especial de diminuição de pena, o que por corolário lógico desviaria o cabimento do acordo no caso em testilha.

## 4.6 QUANTO AOS DEMAIS REQUISITOS DO ACORDO

No tráfico privilegiado não é cabível transação penal, e, em regra, não é cometido com violência grave ameaça (embora exista esta previsão de aumento de pena no art. 40, inc. IV da Lei n.º 11.343/06), não é

praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, não é cometido contra mulher por razões da condição do sexo feminino (art. 28-A do CPP, incs. I, II, III e IV, respectivamente).

Ademais, o investigado poderá confessar o cometimento do crime, bem como é possível analisar se ele fora beneficiado por outro ANPP, suspensão condicional do processo ou transação penal nos cinco anos anteriores.

Sendo assim, concernente aos demais requisitos para o cabimento do acordo de não persecução penal, que não foram abordados de forma detida neste artigo, creio que não há discussão, haja vista não versam sobre questões atinentes ao delito analisado no presente artigo.

#### 4.7 QUANTO AOS POSSÍVEIS RESULTADOS OBTIDOS

Há de se comparar ainda os resultados de uma condenação pelo cometimento do delito previsto no art. 33, caput, ou § 1º, com a redução da pena em decorrência do § 4º do mesmo artigo e dos possíveis resultados de um acordo de não persecução penal firmado com o investigado.

Um dos principais pontos que deve ser levado em consideração é o da economia processual. Sabe-se que, do momento da denúncia, até a sentença penal condenatória, ou absolutória, geralmente decorre um considerável hiato temporal. Além do mais, a sentença pode ocasionar em recursos, que muitas das vezes são protelatórios e que podem arrastar o deslinde dos autos por bastante tempo até que se finalmente chegue ao trânsito em julgado.

Considerando que para o acordo de não persecução penal se faz necessária a existência de apenas uma audiência, para oferecimento e ajuste das condições a serem cumpridas pelo investigado, o instituto se mostra uma forma de pôr cabo à pendência de forma bem mais célere.

Deve-se lembrar que, muito embora a pena no delito de tráfico de drogas seja de cinco a quinze anos de reclusão, caso seja reconhecida a benesse do privilégio, implicará na redução da pena no patamar inferior a quatro anos.

As penas corpóreas são uma exceção, devendo serem substituídas por prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de

semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos (art. 43 do Código Penal).

Nos termos do artigo 44 do CP, quando aplicada pena privativa de liberdade que não exceda o total de 4 anos, bem como se o crime não for cometido com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou se o crime for culposo, independentemente da pena aplicada, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade.

Cabe pontuar que medidas alternativas à pena podem ser avençadas no acordo, só que por um meio muito menos demorado e custoso financeiramente dizendo. Ou seja, quanto aos fins, o ANPP pode ser mostrar equivalente ou ainda melhor do que uma sentença penal condenatória.

Deste modo, extrai-se que uma possível persecução com a sentença penal condenatória nem sempre pode se revelar como o melhor resultado possível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi realizar um breve estudo acerca do acordo de não persecução penal, instituto pertencente à justiça criminal negociada, e analisar sobre sua possível aplicação no delito de tráfico de drogas minorado. Sendo assim, com base nos argumentos levantados no decorrer do artigo, é perfeitamente possível tecer algumas considerações.

Inicialmente, com a inclusão do ANPP em nossa legislação, este se mostrou uma excelente alternativa à persecução penal na ocorrência de delitos com penas menores e com resultados menos gravosos. Ademais, a figura do tráfico de drogas minorado, mais conhecido como tráfico privilegiado, recebe um tratamento muito mais benigno, tanto pela legislação em vigor, bem como pelo entendimento jurisprudencial assentado nos tribunais, o que, por consequência, o torna passível de diversas benesses.

Nessa senda, infere-se que o acordo de não persecução deve ser oferecido ao investigado, desde que preencha concomitante os requisitos do art. 33 § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e as demais condições do art. 28-A do Código de Processo Penal, se revelando como um verdadeiro direito público subjetivo do investigado.



De mais a mais, o Ministério Público somente poderá negar o oferecimento do acordo caso haja indícios no caso em concreto da não possibilidade da minorante, o que inviabilizaria o ANPP em decorrência da quantidade de pena, ou diante do não preenchimento de algum requisito próprio do art. 28-A do CPP.

Ademais, em virtude de o delito de tráfico minorado receber um tratamento muito mais brando, conclui-se que este se harmoniza com a figura do ANPP, já que tal instituto busca ser uma alternativa à propositura para aqueles crimes de menor gravidade.

Além disso, no tocante aos resultados obtidos com o acordo de não persecução penal, concebe-se que estes podem ser iguais ou melhores do que dos alcançados com a sentença penal, todavia, com diversas vantagens, como por exemplo a celeridade e a economia processual.

Cabe tecer, ainda, que, por se tratar de um tema relativamente novo, houve alguns obstáculos, como a ausência ou as raras bibliografias nesta área de aplicação especificamente e de jurisprudências.

## REFERÊNCIAS

ARIZA, Rafael; Gerber Daniel. **A dissidência quanto à retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/opiniao-retroatividade-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2021.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal Teoria e Prática**. Leme: JH Mizuno, 2019.

BIZZOTTO, Alexandre; DA SILVA, Denival Francisco. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://>

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l111343.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm). Acesso em: 12 out. 2021.

CARVALHO, Sandro Lobato Carvalho de. **Questões Práticas sobre o acordo de não persecução penal**. São Luís: PGJMA, 2021. 231 p. *E-book*.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP, LEP**. Salvador: Editoria Juspodivm, 2020.

FISHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Camile Eltz de; SAMPAIO, Karla da Costa. **ANPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 10 out. 2021.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Forense, 2019.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal – Teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

GANEM, Pedro. **STF: proposta de acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/proposta-de-acordo-de-nao-persecucao-penal-nao-e-direito-subjetivo-do-reu/>. Acesso em: 21 out. 2021.

SILVA, G. R. F. **Considerações sobre o acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-10/guilherme-roedel-anpp-trafico-privilegiado>. Acesso em: 4 nov. 2021.

# A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

João Paulo Costa Faria<sup>49</sup>

## INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance*, como programas destinados a prevenir e reprimir práticas não conformes na empresa contra a empresa ou através da empresa, também visam prevenir e reprimir comportamentos criminosos e refletem no processo de forma a assegurar a justiça e revelar a verdade, bem como influir o âmbito da responsabilidade das empresas.

Por meio de um programa de conformidade corporativa entidades se juntaram ao sistema de justiça criminal do estado na descoberta e adição de investigações complexas de crimes econômicos e financeiros. Pode-se até dizer que as pessoas jurídicas são aliadas do sistema de justiça criminal estadual, pois os benefícios decorrentes de tal coalizão são significativos. Além disso, a existência de um programa de *compliance* pode impedir a aplicação ou execução de medidas processuais de natureza cautelar (medidas coercitivas).

A legislação brasileira trabalha no sentido de proibir condutas que possam favorecer atos ilícitos, e, por outro lado, estimula o desenvolvimento saudável das atividades empresariais e da Administração Públi-

---

49 Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL, 2019).

ca, ao passo que estabelece a responsabilidade dessas instituições. Nesse sentido, a legislação brasileira está cada vez mais comprometida com a mudança da cultura de corrupção, por outro lado, busca a ética, a moralidade e a responsabilidade social de suas instituições. A efetividade da aplicação dos programas de *compliance* requer tempo, pois somente com a mudança gradativa das ações e atos da empresa, e, conseqüentemente, de seus resultados será possível a análise de seus efeitos na sociedade.

Diante do problema dos escândalos de corrupção no Brasil, que geram grande instabilidade na economia e na política, surgiu a necessidade de adotar ferramentas preventivas para mitigar as ilegalidades. Assim, juntamente com outras iniciativas, a lei brasileira anticorrupção (Lei n.12.846/2013) se propôs a ser mecanismo de combate a práticas corruptas. No meio das notícias nota-se que o slogan é: prevenção. É preciso trabalhar para prevenir possíveis ameaças, e não apenas punir.

O *compliance* se posiciona nesse cenário, que, como será tratado ao longo deste artigo, trata da adequada observância das normas internas (e externas) pelas organizações públicas e privadas, além de evitar apenas sanções.

Na Lei n.º 12.846, de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, existe previsão expressa no tocante à realidade do *compliance*, na instituição, como um preceito a ser apreciado, inclusive, na aplicabilidade de penas por violação a preceitos jurídicos (CARDOSO, 2015).

O objetivo deste artigo é analisar as ferramentas e os principais pilares de um programa de *Compliance* eficaz, bem como o real significado (e benefícios) que uma empresa pode se beneficiar ao utilizar um programa eficaz independentemente do setor de atuação. Vale destacar que a inclinação ao estudo (e formação) de determinado assunto se deve à importância e especificidade do assunto a ser abordado. Isso se deve em grande parte ao fato de que simplesmente não basta implementar um programa de *compliance* em uma empresa. O monitoramento constante é necessário para alcançar verdadeira eficácia da conformidade.

Conseqüentemente, é importante aceitar os principais pilares explorados neste estudo. Com o desenvolvimento do assunto e a aceitação de culturas baseadas em valores morais, haverá um aprimoramento e

conscientização da importância do *compliance*, na prevenção de condutas ilícitas relacionadas.

## A ORIGEM DO COMPLIANCE

O *compliance* surgiu em 1913 com a fundação do Federal Reserve Bank of America, que visava capacitar as instituições financeiras com uma metodologia mais comprometida, segura e robusta. Ao mesmo tempo, outros eventos globais contribuíram para o surgimento do Conformity, como: o colapso da bolsa de Valores de Nova York em 1929, a instituição da SEC (Securities Exchange Commission), que implementou o registro obrigatório de emissão de títulos em 1933 (PORTO *et al.*, 2019).

O acordo de Bretton Woods que criou um novo equilíbrio global e fez dos Estados Unidos o protagonista da economia mundial em 1944; o ataque terrorista nos Estados Unidos da América em 2001 e a turbulência financeira em Wall Street em 2002, entre outros.

A definição de *Compliance* foi, portanto, reforçada com a introdução da lei Norte-Americana, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) - American Anti-Corruption Abroad Act, tradução livre - uma lei norte-americana sancionada em 1977 que visa introduzir sanções civis, procedimentos criminais e administrativos para combater práticas de suborno e propina com funcionários do governo fora dos Estados Unidos.

O objetivo, então, da FCPA era reduzir o pagamento de propina a funcionários públicos no exterior, bem como restaurar a imagem de confiança das empresas americanas nas negociações internas e externas, além de garantir proteção no mercado acionário nacional, além disso, penalizar os casos de fraude nos balanços e livros contábeis das organizações.

A lei Anticorrupção, como a FCPA, é uma lei anticorrupção específica que também provê a base para programas de conformidade. Consequentemente, os elementos essenciais do programa de *compliance* nas empresas são: (i) métodos equivalentes aos riscos de corrupção, em diferentes dimensões; (ii) o compromisso da alta administração em dar o tom desde o topo; (iii) avaliação de risco; (iv) due diligence de terceiros;

(v) comunicação e treinamento e (fui) monitoramento e revisão regulares de políticas e procedimentos.

O problema da corrupção nacional também está ligado a problemas em outros países. Antes da Lei Anticorrupção nº 12.846/2013, existia outras regulamentações relacionadas ao combate à corrupção, a saber: O código Penal (aplicável a pessoas físicas) (SANEN; DONEGÁ, 2018).

O Brasil, como signatário de acordos internacionais que atuam no combate à corrupção (OEA, OCDE e Nações Unidas), tinha a obrigação de possuir legislação específica que sancionasse empresas por práticas corruptas contra funcionários públicos brasileiros e estrangeiros.

Outro fator que foi significativo para que a lei anticorrupção brasileira entrasse em vigor foi o clamor público, em 2013, com as manifestações incessantes que revelaram o real descontentamento da população brasileira diante de tanta fraude e corrupção, principalmente com as fraudes relacionadas, naquela época, aos escândalos de obras para a Copa do Mundo de 2014 (BARRILARI, 2018).

Portanto, não faltam leis que tratem da problemática da corrupção, contudo, necessita-se de uma real conscientização valorativa e de boas práticas para a mudança cultural da sociedade e das empresas e administração pública, em uma relação mais saudável e menos corruptível.

Nesse contexto, o *compliance* surgiu no Brasil com a chegada da lei anticorrupção e, como mencionado anteriormente, foi profundamente influenciado pela FCPA.

A Lei nº 12.846/2013 permite que as empresas tenham um caminho a seguir para minimizar padrões de irregularidades coletivas e, assim, reduzir o risco potencial de sanções. Assim, uma das formas de incentivar as empresas a aplicar programas de *compliance* foi a oportunidade de reduzir o valor das multas e penalidades que poder ser aplicadas.

## A DEFINIÇÃO DE COMPLIANCE

À luz deste trabalho, *Compliance* é definido como um conjunto de medidas internas que previnem ou minimizam o risco de infrações legais decorrentes de atividades realizadas por agentes econômicos ou seus sócios ou empregados.

Deve ser entendido como práticas organizacionais internas, que visam garantir a ética e a transparência entre a empresa (e suas relações comerciais) e o Estado.

Nesse sentido, segundo escreve Pereira (2021), os programas de *compliance* (ou integridade) têm a função primordial de prevenir, detectar e remediar condutas ilícitas que comprometem a transparência das organizações. Em suma, existem para minimizar o risco de irregularidades por parte dos envolvidos na empresa ou entidades públicas, sejam funcionários ou pessoas de fora.

O objetivo é fazer com que todos os membros de uma relação comercial atuem de forma minimamente adequada e esperada, e essa ação se torne parte indissociável da cultura organizacional. “Isso é o que é chamado de *Compliance* ou estar em *Compliance*.”

Segundo o *US Sentencing Commission Guidelines Manual 2018*, em seu item §8B21 no que toca à efetividade dos programas de *compliance*, as empresas devem:

Dentre outras ações, exercer diligências para prevenir e detectar condutas criminosas e promover uma cultura organizacional que incentive a conduta ética e o compromisso com o cumprimento da lei. Para tal, a alta governança deve dar o total suporte para o estabelecimento de políticas e procedimentos quanto à implementação e ao desenvolvimento do programa. Além disso, os colaboradores devem receber comunicação e treinamentos periódicos sobre os padrões de conduta esperados e procedimentos, bem como ser estabelecido um canal que permita a confidencialidade dos colaboradores para que possam relatar ou buscar orientação sobre (possível) conduta criminosa sem medo de retaliação. E, após investigação e confirmação de cometimento de ação contrária à lei ou a procedimentos da organização, aplicar medidas disciplinares para que não ocorra novamente. Por fim, a organização deve reavaliar os possíveis riscos a que suas atividades estão sujeitas para tentar minimizá-los o máximo possível, trazendo melhorias constantes ao programa. Verifica-se, assim, que o programa de *compliance* para ter sucesso depende de todos os agentes



que fazem parte da relação negocial, tanto a alta administração e demais colaboradores quanto terceiros e parceiros negociais (PEREIRA, 2021, p. 17).

Nesse aspecto, conforme escreve Lourenço (2021, p. 26):

O que garantirá a efetividade do programa de *compliance* será a soma de esforços sistemáticos empregados com o intuito de prevenir, detectar e responder aos desvios de normas internas e externas de uma organização e de seus grupos de interesses. Ressalta-se que esses esforços precisam ser habituais e empregados de forma intuitiva e bem organizada, além de refletir a realidade da empresa [...].

Não de outro modo que o Compliance Officer é essencial para que o programa seja implementado. Este profissional irá gerenciar e operar o programa podendo ser um agente externo ou interno. Dependendo da estrutura organizacional da empresa, uma área dedicada também pode ser disponibilizada (LOURENÇO, 2021).

## A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE PREVENÇÃO

Um programa de Integridade ou programa de Compliance é um processo complexo e sistemático que surge de uma série de elementos que interagem com outros elementos dos sistemas de escritório da empresa (HAYASHI, 2015).

É um processo que requer uma estrutura diversificada que inclui pessoas, métodos, recursos digitais, contratos, registros, procedimentos, princípios, valores, iniciativas, melhores práticas e ideias. Assim, para a implementação de um efetivo programa de Compliance, é necessário avaliar elementos e ferramentas que garantem os pilares essenciais, que são: 1º Pilar - Apoio da direção Geral “Tone at the Top ou Tone from the Top (Top Down)” (PEREIRA, 2021).

O apoio da alta administração é vital para o desenvolvimento de um forte programa de integridade/conformidade. O conhecido “voz de cima ou voz de cima” é o esforço e o compromisso que devem ser feitos nos níveis mais altos da empresa para criar consenso em toda a organi-

zação. Você deve ter consentimento expresso e ajuda da alta administração. Afinal, o ensino vem de cima e o exemplo é alongado.

No entanto, esse suporte geralmente leva tempo. Não raramente, o Compliance Officer entra em muitos impasses com a alta administração, principalmente pelo fato de que o *modus operandi* usual é geral e que a proposta do agente de compliance envolve custos e burocracia desnecessários para a organização.

Dessa forma, o compliance deve identificar a melhor estratégia para convencer a alta administração de que o programa não é indesejado. Solicitar à alta administração que demonstra a relevância e a insubstituibilidade de um programa de conformidade robusto geralmente é um processo lento.

Previamente, é aconselhável haver muito diálogo, trabalho, interação e treinamento diário, a fim de validar todas as vantagens que o programa oferecerá, bem como os gastos que a empresa poderá incorrer, inclusive, na ausência de um programa eficaz (e ativo) (PEREIRA, 2021).

Nesta fase, é apropriado adequar seu discurso e ensino à situação real de seu público e organização. Os responsáveis pela conformidade também devem mostrar à alta administração a importância de apoiar o restante dos funcionários da empresa independentemente de suas atividades.

Outro comportamento é muito importante para mostrar o apoio da alta direção, mais do que disseminar a cultura ideal na empresa, também focar em oferecer benefícios aos colaboradores que se comportam de forma ética (e com integridade) e convertê-los em bônus e promoções de cargos em cargos hierárquicos para estrutura de destaque na empresa.

Além disso, para demonstrar o verdadeiro comprometimento da alta direção com o programa de Compliance, é fundamental apoiar a área interna responsável pela elaboração (e gestão) do compliance corporativo.

Deve ser assegurada certa autonomia de exercício dos agentes de compliance, para que possam atuar com liberdade, imparcialidade e total independência, e em caso de infrações, comunicação rápida e imediata com os superiores da alta direção.

Há algumas dicas de como estimular e evidenciar o apoio da alta direção, que são: os diplomas manuscritos para os colaboradores; diplomas da alta direção orientando sobre a cultura da empresa; comunicação (e

trato) cotidiana com todos os envolvidos na empresa; comprometimento de participação na mitigação de más condutas e o papel exemplar nas ações de valores e devido cumprimento das regras internas (e externas).

Assim, por todos os motivos citados acima, o *Tone at the Top* se destaca entre os pilares de um programa de compliance eficaz. É importante não só para o Brasil e para a Controladoria Geral da ligação (CGU), mas também para outras regulamentações estrangeiras.

Nesse aspecto, conforme assevera Pereira (2021), o *Bribery Act 2010 (UKBA)* e a verificação da Transparência Internacional de programas de conformidade anticorrupção. Portanto, a alta direção desempenha um papel importante para seus colaboradores e todos aqueles que estão envolvidos (direta ou indiretamente) na empresa para que todas as suas ações demonstrem como agir em matéria de compliance. Os líderes são frequentemente famosos e respeitados. Portanto, sua influência serve como bússola na gestão das funções organizacionais. Seja de forma positiva ou negativa.

2.º Pilar - Análise de riscos: Os riscos podem ser eventos que impactam positivamente ou negativamente no alcance de uma meta. Para o compliance, o que importa são os riscos negativos, afinal, são esses que precisam ser controlados.

Consequentemente, a análise de risco é uma das bases mais importantes do programa de compliance, pois a partir da análise dos riscos políticas internas, código de conduta e forças de monitoramento contínuo terão que ser implementados, com a identificação de possíveis riscos.

3.º Pilar - Codificação de Conduta: Esses requisitos existem com o objetivo primordial de legalização, ou seja, celebrar a cultura corporativa. Isso significa o modo de vida cultural da empresa. Ele orienta os comportamentos e valores que devem ser seguidos, juntamente com as práticas (e coerções) da alta direção/administração, provando comprometimento com o programa de compliance.

O Código de Conduta é a diretriz vital da organização, servindo como um manual para as outras políticas e exercendo o papel de “regra central” da organização. Além disso, faz sentido que a empresa tenha um código de conduta em vez do código de ética, pois as pessoas confundem ética e moral.

A ética é um ramo da filosofia dedicado ao estudo da moralidade e das ações dos indivíduos na sociedade enquanto a moralidade/valores morais se manifesta nos comportamentos/ações de cada indivíduo.

Trata-se, portanto, de um ‘código de conduta’, ou seja, um código de conduta expresso a ser seguido pelo bom comportamento e pela prática diária. Assim, a organização deve confirmar que está de acordo com as ações desejáveis para a cultura da empresa, quem será tolerado e quem não será tolerado. A Codificação deve ser precisa e explícita para não confundir funcionários e colaboradores, e não deve conter lacunas que comprometam sua eficácia prática. Além disso, o código deve ser extenso, pois será enriquecido com políticas que trarão maior inteligibilidade aos temas.

Igualmente, a codificação de Condutas deve estar à disposição de todos os colaboradores da empresa bem como de seus parceiros externos, garantindo seu efetivo cumprimento.

Para criar um código de conduta exemplar, é necessário seguir um padrão: identificar as áreas que precisam ser abordadas; mantê-lo preciso; mantê-lo disponível; mantê-lo claro. Adicione uma nota gerencial/administrativa e, por fim, apresente um questionário e uma caixa para dúvidas.

4.º - Pilar políticas de compliance: Conforme explanado nas linhas anteriores, o código de conduta é a diretriz essencial da organização, mas deve ser integradas políticas. Assim como em outras fases do programa de compliance, é importante observar que políticas não podem ser implementadas apenas por compliance officer (mesmo que sejam de responsabilidade do setor de compliance).

O setor de Compliance trabalha com outros setores. As essenciais Políticas de Compliance nas organizações são: anticorrupção; conflitos de interesses; brindes e presentes; doações e patrocínios; viagens; canal de denúncias e hotlines; utilização de informação privilegiada; assédio moral e sexual; preconceito e bullying e competição genuína.

5.º Pilar - Formação e Comunicação: A formação e a comunicação são dois passos importantes que asseguram o necessário conhecimento das regras impostas pela empresa. Todos os colaboradores e parceiros da

empresa devem compreender os programas de conformidade para garantir que sejam atendidos.

6.º Pilar – Comunicação/canal de denúncias: Os canais de denúncias são essenciais e proveem gerenciamento/supervisão de programas de compliance e práticas preventivas e percebidas de fraude e má conduta. Os canais possibilitam aos colaboradores (em geral) um mecanismo de aviso à organização para iminentes descumprimentos e ofensas ao código de conduta ou demais políticas.

7.º Pilar – Controles Internos: Pode-se dizer que os controles internos são ferramentas, geralmente algum tipo de registro formal de políticas da organização com a finalidade de reduzir o risco no negócio – e no programa de compliance –, além de garantir que os livros contábeis (e financeiros) da empresa sejam transparentes e fiéis a todas as transações.

8.º Pilar – Investigações Internas: As organizações precisam ter procedimentos internos que possibilitem futuras investigações com o objetivo de responderem imediatamente às acusações de fraudes e ilícitudes (via canal de denúncia), assegurando que os fatos e acusações serão, de fato, verificados.

9.º Pilar – Due Diligence de Terceiros: Due diligence (ou verificação prévia à admissão /contratação) ajuda a compreender a organização da empresa e o contexto financeiro e reputacional dos fornecedores (ou terceiros), bem como a analisar o histórico completo dos sócios para verificar as relações e se existem comportamentos ilegais e indesejáveis que possam colocar a empresa em situações de risco futuro.

10.º Pilar – Auditoria e Monitoramento: A auditoria e o monitoramento são estágios de um Programa de Compliance que dão apoio para que as organizações possam atestar a eficácia dos controles internos e métodos.

O propósito fundamental desses estágios é constatar prováveis lacunas para a melhoria dos controles internos e do próprio Programa de Compliance. Em outras palavras, a solidez de um programa de compliance é analisada pela sua real eficácia, portanto, trata-se de um método de avaliação contínua chamado “monitoramento” e avaliação contínua que visa comprovar se é a base de um programa de compliance. Para que você obtenha os resultados esperados.

De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016), as instituições (públicas ou privadas) de todas as classes e categorias podem se favorecer com um Programa de Compliance, considerando a particularidade da sua via específica e a regulamentação adequada para tal.

No entanto, as ameaças, especialmente na arena competitiva, que uma instituição enfrenta variam por classe, categoria, região, domínio e finalidade. Desta forma, não há modelo (ou padrões) para programas de conformidade prontos para uso. Ele sempre começa do zero e é único.

Conforme escreve Lourenço (2021), todo Programa de Compliance deve considerar as particularidades de cada setor, suas demandas, legislações específicas, devendo praticar monitoramento constante como uma forma de atentar para as possíveis ameaças que possam aparecer.

Também é importante destacar que os programas de compliance beneficiavam não só as empresas, mas também terceiros, investidores, clientes e aliados (em geral), garantindo que as negociações seguem o espírito competitivo, evitando infrações, e a garantia da empresa de que você não corre o risco de perder seu valor no mercado (Conselho Governamental de Proteção Econômica, 2016).

Nota-se, por derradeiro, que para que um programa de compliance seja eficaz, a divulgação das regras de negócios, bem como a divulgação das ações realizadas pela organização são elementos que devem ser transferidos de forma clara a todos os níveis hierárquicos que compõem a empresa a fim de proporcionar aos parceiros um ambiente de trabalho equilibrado e transparência nas relações comerciais, por exemplo.

Ressalta-se que, independentemente do porte da empresa, seja ela pequena, média ou grande, é importante implementar procedimentos que levem à transparência corporativa. No entanto, é difícil esperar robustez para pequenas e médias empresas, pois o programa também deve ser compatível com seu porte (FERRAZ, 2017).

É importante ter um programa de compliance que reflita a cultura organizacional da empresa e organizações que valorizam a aderência às normas, a valorização dos colaboradores e a preocupação com as questões sociais tendem a transferir essa cultura para os colaboradores, que passam a agir da mesma forma. A implementação deve ser documentada

passo a passo a fim de demonstrar ao fiscal tudo o que foi feito para tornar os ambientes de negócios e de trabalho o mais completo e transparentes possível.

Segundo a Controladoria Geral da União (CGU),<sup>50</sup> um programa de compliance só será eficaz se os pilares forem desenvolvidos «de forma conjunta e sistêmica». Logo, programas que apliquem os pilares isoladamente e sem conexão com outros não têm eficácia. A implementação de programas eficazes para este fim decorre do empenho da gestão de topo e desenvolve-se para implementar e melhorar outros pilares.

## METODOLOGIA

Os programas de *compliance* ganharam ênfase, nos últimos anos, especialmente no ambiente regulatório brasileiro, com a promulgação da legislação anticorrupção nacional e estadual. No sentido de buscar um ambiente de negócios ético e transparente para impedir atividades ilegais é a norma e apoia o desenvolvimento de uma sociedade menos corrupta. Este artigo enfoca a eficácia dos programas de *compliance* no Brasil. O objetivo desta pesquisa é analisar o surgimento do *Compliance Institute* no país bem como seu desenvolvimento e aplicação da legislação anticorrupção no desenvolvimento de um programa eficaz.

O problema que esta enquête enfrenta é como o país avalia a eficácia do *compliance* nas empresas. Para tanto, serão analisados, entre outras coisas, a legislação vigente no Brasil, os manuais dos órgãos federais, os instrumentos de avaliação da gestão e a legislação estrangeira.

O presente artigo se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de materiais publicados em livros e artigos indexados, bem como na legislação que regulamenta o assunto. Nota-se que os programas de *Compliance* mostram-se como verdadeiros estímulos para a concretização de condutas empresariais éticas no que toca ao combate à corrupção, além de identificar como a confiança nos negócios é face notável no

---

50 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Programa de Integridade**: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília, DF: CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2022, p. 25.

estímulo para o desenvolvimento da economia e da gestão das empresas, por tratar de metas de transparência, de confiança e de ética, fatores essenciais à fruição natural de uma eficaz administração e, conseqüentemente, de resultados.

A metodologia aplicada tem o seu embasamento em fontes bibliográficas com leitura de doutrinas, revistas e artigos, impressos ou publicados eletronicamente, por autores que abordam a temática, propondo responder aos questionamentos acima expostos em busca de entender a ampliação do direito à questão levantada.

Nesse sentido, segundo Marconi e Lakatos (2010, p. 23), “a pesquisa nada mais é do que um procedimento formal, onde se utiliza de métodos de pensamento reflexivo”. Diante disso, o tema a ser tratado deve necessitar do tratamento científico, com vistas ao conhecimento da realidade, bem como diante dos ensinamentos nos citados autores, que se pretende descobrir possíveis respostas para as questões aqui levantadas. A pesquisa parte de um problema, contudo, buscam-se respostas por meio de hipóteses levantadas que, ao final, podem ser confirmadas ou inválidas, conforme será demonstrado.

Para isso, a pesquisa tem como base a teoria que, inegavelmente, funciona como ponto de partida para as investigações aqui traçadas. Os fins a que se destinam a presente pesquisa justificam-se diante da abrangência de um problema apresentado. Para tanto, a abordagem utilizada foi a qualitativa que, segundo Chizzotti (1991, p. 79), “pressupõe uma dinâmica entre a realidade objetiva em contrapartida aos sujeitos, ou seja, um vínculo indissociável entre o problema e as possíveis respostas”.

Conforme Chizzotti (1991), para o desenvolvimento do problema, será utilizada pesquisa descritiva, uma vez que esta possui objetivos definidos, estruturada para a solução do problema, bem como para avaliação das alternativas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi analisar as evidências da eficácia dos programas de *compliance* corporativo no Brasil. Assim, durante o desenvolvimento do estudo, verificou-se que o programa de *compliance* deve



ser erigido de acordo com a realidade, necessidades e limites da organização e documentado passo a passo.

Ano após ano de casos de denúncias de corrupção no Brasil e no mundo, as empresas sentiram a necessidade de utilizar ferramentas para prevenir fraudes e qualquer tipo de ilegalidade.

Em solo brasileiro, o *Compliance* adquiriu certa notoriedade com as investigações do Ministério Público Federal para elucidar a responsabilidade criminal de funcionários públicos e contratados em crimes contra a Ordem Pública, derivados de corrupção e lavagem de dinheiro.

Outras leis, como a Lei n. 9.613/1998 e Lei nº. 12.683/2012, entre outras, elevaram contribuições relacionadas aos controles, de modo que a regulamentação da matéria não é considerada uma inovação, mas sua implementação popular ocorre nesse momento.

Considerando a importância do assunto na esfera pública ou privada, é necessária não apenas uma nova aculturação social, mas também a importância da existência de um verdadeiro programa de *Compliance*, bem como a validade de seus pilares essenciais para a efetividade do programa.

É interessante notar que um dos pontos-chave que chamaram a atenção para a disciplina da Lei Anticorrupção n. 12.846 foi o impacto da oposição pública às soluções, penalidades, sanções, transparência e integridade.

Por isso, as empresas estiveram envolvidas no escândalo da Lava Jato na sequência. Ambas implementaram um programa de *compliance*. Para confirmar uma nova referência de ação. Ou declarar no acordo que é possível reduzir as potenciais sanções aplicáveis.

O trabalho demonstra que o *Compliance* está comprometido com a completa harmonia das atividades empresariais, que visa desenvolver uma composição comportamental, regulatória e normativa das atividades, analisar os riscos potenciais (positivos e negativos), identificar e corrigir situações inesperadas em relação à sua composição comportamental.

Este é um programa de conformidade. É uma das principais ferramentas de governança corporativa com amplo suporte interno e externo.

Assim, esse processo profundo é viabilizado pela existência e efetividade, em sua totalidade, dos principais pilares estudados no presente

trabalho, bem como pela renovação de tempos em tempos, de acordo com as necessidades e realidade da organização.

O objetivo deste estudo foi esclarecer a importância do programa de *compliance* em todas as áreas e quais os critérios para que o *compliance* seja considerado eficaz em relação às empresas para que, uma vez implementado, seja capaz de mitigar as condutas ilícitas, bem como limitar os impactos nas empresas causados por atos lesivos, buscando causar o menor dano possível em uma mesma cadeia produtiva.

Há mais regras e leis às quais as empresas precisam se adequar, criando um ambiente regulatório real e aumentando a necessidade de controlar os riscos que enfrentam. Portanto, procedimentos específicos devem ser criados internamente para garantir a conformidade das atividades realizadas.

Diante dessa necessidade, há uma demanda crescente por integração entre governança, risco e conformidade, figurada pela acrônimo GRC. Além de proporcionar mais confiança e credibilidade, essa integração ajuda a empresa a crescer de forma mais estável e segura.

A importância do *compliance* para o combate à corrupção é inegável. As organizações não precisam de um programa robusto, mas sim de um que leve em consideração sua atividade econômica, os riscos aos quais estão submetidas e, principalmente, profissionais engajados com a ética e a transparência.

No desenvolvimento do programa de *compliance*, o responsável (ou responsáveis) por implementá-lo deve ter em mente que o objetivo primordial é prevenir, detectar e remediar atos ilícitos que possam afetar a organização. Para isso, seguir um “roteiro” pode ser de grande valia.

Obviamente, a sua implementação impõe um conjunto de custos à organização. Isso porque é preciso contratar alguém que compreenda do assunto e necessita difundir os meios de controle e comunicação, inclusive por meio de seu desenvolvimento e aprimoramento. Por outro lado, os benefícios de um programa de *compliance* eficaz são incontáveis, pois vão muito além da medida mitigadora da punição.

No Brasil, o instituto do *compliance* ainda não é considerado atrativo pelos empresários, mas sim como veículo a mitigar a ilegalidade. Consequentemente é compreensível que o governo deva se esforçar para

fornecer incentivos reais às organizações para implementar o programa de forma eficaz.

O desenvolvimento de um programa eficaz deve ser imaginado a médio e longo prazo, pois esse deve ser avaliado, através da identificação de falhas, das correções necessárias e da evolução dos regulamentos internos, pois deve ser estendido a todos os níveis da organização, proporcionando assim uma cultura de integridade em todas as atividades realizadas, o que não acontece da noite para o dia.

O compromisso com a integridade e eficácia do programa de *compliance* é infundável, por isso é responsabilidade dos responsáveis por ele monitorá-lo continuamente. Além disso, são necessárias melhorias e adequações nas atividades desenvolvidas pela empresa para a implantação do programa por tempo indeterminado.

É sabido que os programas de *compliance* não têm o poder de impedir completamente as atividades ilegais. O objetivo é reduzir os riscos identificados na medida em que possam estar em algum tipo de nível “aceitável”.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Controladoria Geral da União. **Programa de Integridade:** Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília, DF: CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2022, p. 25.
- BRASIL. Controladoria Geral da União. **Regulamento “Empresa Pró-Ética 2020- 2021”**. Brasília, DF: CGU, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/RegulamentoProEtica20202021.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá

outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 10 jul. 2022.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: RT, 2018.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 1991.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Programas de *compliance*: é possível aferir sua efetividade para fins penais? *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas públicas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, a. 15, n. 60, abr./jun. 2015.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção – combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- LOURENÇO, Luana. *Compliance* e ética corporativa para a transformação cultural. In: COLA, Cristiane Petroseмоло; LOURENÇO, Luana (coord.). **Compliance para pequenas e médias empresas**: aportes teóricos e práticos para gestores, docentes e discentes. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 26.
- MOTA FILHO, Humberto E. C.; CASAGRANDE, Morgana Ana Daler. Desenvolvendo programas de integridade efetivos: como traduzir o *compliance* para as pequenas e médias empresas? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica (coord.). **Governança corporativa e compliance**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista CEPPG**. Catalão: Centro de Ensino Superior de Catalão, a. 15, n. 25, 2º sem./2011.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. Programa de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (direct.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PEREIRA, Fernanda Ulyssá. **A efetividade dos programas de compliance no Brasil**: avaliação e documentos de comprovação. Porto Alegre, 2021.
- PORTO, Roberta Guasti; CASSINI, Flavia Tiemi Oshiro; LIMA, Mirela Clemente Pedrosa. Reflexões sobre a efetividade de programas de *compliance*. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. **Compliance e integridade**: aspectos práticos e teóricos, v. 2. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- SANEN, Claudia; DONEGÁ, Guilherme. Integridade e empresas no Brasil. In: **Transparência Internacional Brasil**. São Paulo: Associação Transparência e Integridade, maio de 2018.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance* como prevenção idônea de crimes e sua compatibilização com a intervenção mínima. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Fernanda Nunes Coelho Lana. Implementação de um programa de *compliance*. *In*: LAMACHIA, Claudio; PETRARCA, Carolina; MELO, Izabela Frota; CODIGNOTO, Roberta. **Compliance: essência e efetividade**. Brasília: OAB, 2018.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guideliness Manual**. [S. l.: s. n.], 2018. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

# O INSTITUTO PROCESSUAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A, CPP): ALCANCE E DIMENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL

*Isaías da Silva Moreira de Santana*<sup>51</sup>

*José Edson Procópio Lage Júnior*<sup>52</sup>

*Matheus Nunes de Figueiredo*<sup>53</sup>

*Lívia Rocha Sales*<sup>54</sup>

Quem abre uma escola fecha uma prisão.

Victor Hugo

## INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal, incluído no ordenamento jurídico pela lei 13.964/19, é um instituto do direito penal negocial, que

---

51 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional (NUPEDI/UFRN). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/UFRN).

52 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

53 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

54 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

amplia substancialmente as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo, tendo como principal objetivo proporcionar efetividade, elidir a capacidade de burocratização processual, além de proporcionar despenalização, celeridade na resposta estatal e até mesma certa margem de satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

Assim, em conformidade com a previsão legal expressa no art. 28-A do Código de Processo Penal, em não sendo caso de arquivamento da investigação, se o investigado tiver confessado a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Sendo, ainda, ressalvado pelo dispositivo que o Acordo de Não Persecução Penal será proposto, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito praticado.

Sabe-se que os diversos casos devem se subsumir ao dispositivo supracitado, sendo necessário o pleno preenchimento dos requisitos por ele fixados. Outrossim, tem-se a reflexão a respeito da (des) necessidade de preenchimento, cumulativamente, dos requisitos trazidos pelo artigo 18 da Resolução CNMP nº 181, de 07/08/2017.

Tal resolução modula o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, reiterando as disposições do artigo 28-A do CPP, permitindo que ele seja celebrado, consensualmente, nas seguintes hipóteses: para tipos penais que prevejam penas mínimas inferiores a 4 anos; o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa; não sendo cabível transação penal; não houve dano mensurado; não há informações de reincidência ou transação penal nos últimos 5 anos; não há risco de prescrição durante o cumprimento do acordo; o crime não é hediondo ou equiparado ou caso de violência doméstica; e a celebração do acordo atende ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Preleciona, também, que o acusado deve estar sendo assistido pela Defensoria Pública ou advogado particular e, muito embora não se vislumbre confissão formal durante a fase do inquérito policial, esta poderá vir a ocorrer durante a audiência específica da proposição do ANPP, devendo, inclusive, o representante do Ministério Público esclarecer ao



acusado que a confissão constitui um dos requisitos exigidos para que a proposta do acordo em questão seja efetivada (VIAPANA, 2020).

Noutra senda, conforme explicado, o Acordo de Não Persecução Penal foi inicialmente introduzido por meio do art. 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), gerando por um longo tempo uma discussão acerca da (in)constitucionalidade dessa disposição por via de simples resolução.

Dentre os argumentos erigidos no sentido da inconstitucionalidade, tinha-se que o regulamento versava sobre matéria processual, fato que acabaria gerando uma inconstitucionalidade formal por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo defendido que diante da complexidade da matéria regulamentada havia a necessidade de lei formal, visto que estaríamos diante da criação de exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Em contrapartida, a defesa da constitucionalidade alegava que o dispositivo não versa sobre matéria processual, uma vez que o ANPP trata de negociação realizada em procedimento administrativo, bem como entendia que o Conselho Nacional do Ministério Público ostenta o poder de expedir atos regulamentares de caráter normativo primários, dotados de abstração e generalidade, como seria, no entender destes, o caso do Acordo de Não Persecução Penal (TRINO, 2021).

Atualmente, essa discussão se encontra encerrada, pois como colocado anteriormente, a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) pôs fim a essa controvérsia, contribuindo sobremaneira ao incluir o art. 28-A ao Código de Processo Penal, o qual disciplinou a matéria, em fiel observância aos preceitos constitucionais, pondo fim, perfunctoriamente, a controvérsia existente anteriormente, gestando, obviamente, novas controvérsias a serem dirimidas ao longo da evolução a que será submetida o instituto diante da prática forense.

## 1. AS FASES ADMISSÍVEIS PARA PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Noutro pórtico, há que se pontuar que o recebimento da denúncia já efetivado não figura espécie de impedimento para proposta do Acordo

de Não Persecução Penal, visto que, quando do julgamento do Habeas Corpus 185913-Distrito Federal, o qual pende de julgamento na Suprema Corte brasileira, o próprio Ministério Público Federal se posicionou, em recentíssimo parecer, de maneira favorável à incidência do Acordo de Não Persecução Penal a processos que se encontram em andamento, inclusive na fase recursal (MPF, 2021).

Nota-se que ao tratar do referido Habeas Corpus, cujo relator é o eminente Ministro Gilmar Mendes, restou consignado que dada a relevância da matéria, o tema em referência devia ser remetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, aguardando-se, até o presente momento, o seu julgamento, *in verbis*:

Portanto, como afirmado anteriormente, na questão em debate verifica-se a potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial, o que destaca a necessidade de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal. Reitera-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados. Diante do exposto, remeto o presente habeas corpus à deliberação pelo Plenário deste Tribunal (destacado) (STF, HC 185913-DF, Publicado em 24.09.2020).

Ora, a sistemática jurídica vigente revela-se em pleno acordo com a tese sustentada pelo Ministério Público Federal tecida ao longo do Habeas Corpus citado, visto que optar pela aplicação do ANPP apenas até o recebimento da denúncia significaria consentir com a possível reprodução de injustiças processuais, as quais fogem da alçada de controle do acusado e de sua Defesa Técnica.

Evidentemente, na fase inquisitorial sequer se sabe qual será a tipificação atribuída pela acusação. No entanto, o Acordo de Não Persecução Penal deve ser oferecido quando se constata a permissibilidade no pró-

prio tipo atribuído pelo Ministério Público, inclusive, há o entendimento de que quando o Ministério Público verifica que o tipo inicial deve ser desclassificado para outro cujo Acordo de Não Persecução Penal pode ser ofertado, é cabível impositivo que se garanta a aplicação do instituto negocial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, vejamos:

Habeas corpus.

2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal.

4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal (Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS: HC 0109515-80.2020.1.00.0000 SP 0109515-80.2020.1.00.0000 – publicação 13/08/2021).

Assim, é preciso se desvencilhar da noção restritiva de que a persecução penal se limita à fase extrajudicial e que, em razão disso, o ANPP somente deveria ocorrer até o momento que antecede o oferecimento da denúncia. Isso porque, a bem da verdade, a persecução penal se estende enquanto poder-dever estatal até o trânsito em julgado de eventual decisão final, ou seja, enquanto persistir a pretensão punitiva estatal.

Destarte, considerando que o ANPP também é viável para situações nas quais o réu não confessou formalmente, em sede policial, bem como nas quais a denúncia já foi recebida, mostra-se plenamente viável o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal por parte do Ministério Público.

Desse modo, incumbe ao representante do Ministério Público oferecer a proposta de acordo de não persecução penal e o termo indissociável seria a confissão, ou seja, a confissão é parte integrante do acordo e não da proposta. Nesses termos, a defesa pode e deve pugnar pela remessa dos autos ao Ministério Público a fim de que se manifeste sobre o oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal.

## 2. OS EFEITOS DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA PARA FINS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E A REPUTAÇÃO ILIBADA EM CONCURSOS PÚBLICOS

Aba diversa, partindo-se para a discussão acerca dos efeitos da confissão formal e circunstanciada para fins de antecedentes criminais e a reputação ilibada em concursos públicos, tem-se que na promoção de concursos públicos é comum a existência da etapa de investigação social, ou sindicância de vida pregressa, principalmente para aqueles cargos mais sensíveis, visando avaliar se a conduta do candidato é compatível com o posto que pretende exercer. Somente após superada essa fase os candidatos podem ser considerados aptos à posse no cargo público.

A investigação social, exigida em edital de concurso público, não se resume em analisar a vida pregressa do candidato apenas com base em pesquisa de antecedentes criminais, contudo se propõe a analisar a conduta moral e social no decorrer de sua vida, buscando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira de Estado, seja no âmbito da Polícia Civil, Polícia Federal, Advocacia Pública, Poder Judiciário, Ministério Público, Serviço de Inteligência ou Serviço Exterior Brasileiro. Esse entendimento foi fixado em decisão unânime da Sexta Turma do STJ sobre o Recurso Ordinário em Mandado Segurança 22.980/MS.

Essa avaliação encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 uma vez que em seu artigo 37, inciso I e II, declara acessível os cargos públicos, desde que estabelecidos os requisitos previstos em lei, complementando ainda que a investidura nesses cargos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Portanto, a Constituição Federal prevê a possibilidade de uma etapa investigativa a depender do caráter do cargo e a natureza da função pública a ser desempenhada. Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento de que o Edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para aprovação do candidato, desde que clara, justificada e limitada a alguns princípios.

Ante o exposto, e refletindo sobre o instituto processual do Acordo de Não Persecução Penal em estudo, há que ser tecida algumas considerações acerca da possibilidade de vedação da assunção ao corpo das autoridades estatais em razão da confissão formal e circunstanciada da prática de um delito colhida em eventual celebração de Acordo de Não Persecução Penal.

Nota-se que a celebração do Acordo implica necessariamente na inexistência de uma denúncia, o que logicamente também exclui a possibilidade de uma sentença condenatória transitada em julgado em face do celebrante do ANPP, e, portanto, não havendo óbice para que o candidato seja considerado apto a assumir cargos públicos, pela ótica do princípio da presunção de inocência e da não configuração de maus antecedentes criminais, é preciso registrar que, especificamente quanto às carreiras de Estado, que em seus editais exigem como premissa a reputação ilibada dos aspirantes a esses cargos públicos, o candidato estaria inapto para exercício do *munus* público, por força da confissão formal e circunstanciada da prática de um delito, que neste sentido macula a sua reputação embora não protagonize a alteração do *status* do candidato em matéria de antecedentes criminais.

Há que se considerar o fato de que Estado, quando possibilita o ingresso de cidadãos ao seu aparato orgânico funcional, deve pautar-se pe-

los princípios encartados no art. 37 da Carta Política Regente de 1988, dentre eles, o princípio da moralidade, pelo que somente devem acessar a estrutura administrativa do Estado os indivíduos que demonstrem, concretamente, na investigação de vida pregressa, um comportamento pretérito livre de destemor, sem quaisquer indícios de desempenho não ético, corruptível, inidôneo, improbo, em síntese: uma conduta social sem mácula que não possa, ainda que remotamente, indicar a possibilidade de comprometimento do futuro exercício de suas funções, conforme sedimentado pela dogmática jurídica (FERREIRA, 2018):

Em regra, os cargos públicos de maior destaque exigem agentes com conduta e imagem inatacáveis em relação à probidade, à honradez e à retidão. Essa imagem impoluta do agente significa que o exercício das funções está sendo feito por pessoas moralmente qualificadas, ou seja, que não foram contaminadas por elementos desonrosos. Dessa forma, não há uma afetação de legitimidade da nomeação.

Sendo assim, não se confunde a ideia de inocência com o preceito da reputação ílibada, já que para esta última se exige muito mais do que a inexistência de condenação na seara penal, porquanto, é inegociável para os aspirantes uma conduta social proba, honrada e reta, como um filtro preventivo a fim de que o exercício das funções públicas, especialmente as carreiras de Estado, se dê por pessoas moralmente irretocáveis, sem qualquer mácula ou contaminação de sua trajetória por elementos desonrosos, como seria a prática confessada de um delito.

### 3. A ADMISSIBILIDADE DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA COMO PROVA QUANDO DA PROPOSITURA DE DENÚNCIA POR EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Noutro turno, um dos requisitos indispensáveis à possibilidade de propositura do acordo de não persecução penal (ANPP), como já visto, é a confissão formal e circunstanciada do investigado. Nessa, o inves-

tigos deve admitir a culpa de maneira expressa e detalhada. Cumpra ainda destacar a distinção trazida pela doutrina entre confissão simples e qualificada. Confissão simples é quando o réu apenas confessa uma prática delituosa. Já a qualificada, ocorre quando o réu reconhece a prática do ilícito, mas alega causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Feita essa distinção, a confissão pertinente ao Acordo de Não Persecução Penal seria a definida pela doutrina como confissão simples, já que a segunda (qualificada) seria uma causa de arquivamento do inquérito ou denúncia, a depender do momento em que se encontrar, sendo irrelevante o instituto do ANPP nesse caso.

O artigo 28-A do CPP prevê ainda, no seu §10º, que “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.” Apesar de haver posição doutrinária que possibilita ao réu apresentar justificativa, na hipótese de não cumprimento de qualquer condição imposta, sob pena de, aí sim, ocorrer a rescisão e oferecimento da denúncia. Nesse sentido se propõe o Enunciado 26 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), bem como Aury Lopes Júnior em sua doutrina.

Dito isso, coloca-se em questão a possibilidade da utilização da confissão realizada em sede de Acordo de Não Persecução Penal, havendo eventual descumprimento desse, como prova para fins de propositura da denúncia. Estaria essa possibilidade infringindo o preceito fundamental do direito ao silêncio ou ao princípio da vedação a autoincriminação, indaga-se.

Ora, de acordo com o texto constitucional (art. 5, LXIII), o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. Portanto, com base neste mandamento constitucional, há quem sustente que se estaria infringindo tal preceito quando se admite como prova para fins de propositura da denúncia a confissão formal e circunstanciada colhida quando da celebração do ANPP.

Todavia, melhor razão assiste ao entendimento divergente dessa conclusão precipitada, visto que o fator determinante para se chegar a

essa conclusão é o fato do acordo analisado ser essencialmente voluntário. Logicamente, deve ser facultado ao investigado a possibilidade de permanecer em silêncio e caso ele não opte por fazer uso dessa garantia constitucional que lhe é assegurada, aí sim proceder-se-á com as etapas que podem vir a resultar no Acordo de Não Persecução Penal.

Notadamente, a única exceção possível à essa constatação seria a ausência de voluntariedade da confissão, que macularia o pactuado, eivando o acordo de vício insanável sujeito a anulação, sendo analisado o critério inafastável de voluntariedade pelo magistrado na audiência de homologação, conforme preceitua o §4º do artigo 28-A do CPP.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

Logo, é plenamente possível ao Ministério Público se valer da confissão formal e circunstanciada do investigado como elemento para fins de construção do arcabouço probatório necessário a denúncia, até porque foi o próprio investigado que anuiu com o acordo, cuja a mesma voluntariedade é verificada na rescisão da avença.

Evidentemente, como o próprio investigado optou por deixar de cumprir os termos pactuados, e como essa prova foi obtida mediante meios legais e com sua anuência e ciência plena, é mais do que razoável a utilização desta confissão como mais um componente do lastro probatório com a finalidade da propositura da denúncia, conforme milita em sentido análogo o Enunciado 27 do CNPG e GNCCRIM, comentando o art. 28-A, § 10º, do Código de Processo Penal:

Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

De tal enunciado, pode-se extrair duas premissas básicas, a primeira é de que seria uma faculdade do Ministério Público a utilização ou



não da confissão colhida quando da celebração do Acordo para fins de suporte da denúncia, já a segunda é de que a confissão servirá unicamente e tão somente como um suporte probatório, jamais como único elemento de prova, visto que figura como um complemento ao lastro probatório necessário para que se instrua o feito na seara penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por se tratar de um instituto relativamente novo, e de ser controvertido desde sua concepção, sofrendo diversas alterações no âmbito legislativo, o Acordo de Não Persecução Penal enseja uma série de debates, em diversos pontos de sua extensão, dentre os quais foi feito esse recorte temático de pelo menos três assuntos a fim de trazer uma discussão aprofundada, mas não exauriente.

As teses apresentadas foram as que se mostraram mais pertinentes à guisa da pesquisa realizada, mas deve-se frisar que existem outras possibilidades, as quais inclusive possuem uma boa lógica argumentativa. Assim sendo, além de promover o debate, resta-nos esperar o pronunciamento das instâncias superiores em cada ponto controvertido da lei, para que possa haver um consenso, ao menos na jurisprudência, e assim se alcançar uma maior efetividade do acordo, como também a fangimera da segurança jurídica.

De todo modo, o estudo possibilita concluir que tal inovação legislativa é da máxima importância, notadamente, porque implica diretamente nos direitos individuais, especialmente a liberdade, e envolve questões que circundam e intersectam os princípios constitucionais, especialmente o princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, o contributo não exauriente desta pesquisa possibilita o esclarecimento jurídico sobre o alcance do instituto objeto de estudo, conduzindo o leitor a reflexão acerca do procedimento e a (in)aplicabilidade do ANPP independentemente da fase compreendida nos autos.

Noutro turno, a dimensão do instituto e sua modulação pela Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), também integra o rol das reflexões tecidas, pela notoriedade do debate acerca da constitucionalidade ou da eventual inconstitucionalidade das

disposições desta resolução, principalmente sob a ótica dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da legalidade estrita, que deve, sem dúvidas, nortear o titular da ação penal.

Por fim, observa-se os possíveis efeitos da confissão formal e circunstanciada para fins de análise social realizada em concursos públicos e as consequentes repercussões quanto à reputação ilibada requerida por alguns cargos, mormente, as carreiras de Estado, como integrantes do Ministério Público, Poder Judiciário, Advocacia Pública e Polícia Judiciária, bem como investiga a admissibilidade da confissão formal e circunstanciada como prova quando da propositura de denúncia por eventual descumprimento do ANPP.

## REFERÊNCIAS

CNPG. Disponível em: [https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enuncia\\_dos.pdf](https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enuncia_dos.pdf). Acesso em: 23 set. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Parecer do MPF no HC nº 185.913/DF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mpf-retroatividade-anpp-nao-ocorre.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

FERREIRA, João Gabriel Lemos. A REPUTAÇÃO ILIBADA PARA CARGOS PÚBLICOS. **Reju - Revista Jurídica: 30 anos da Constituição Cidadã**, Santa Cruz do Rio Pardo, v. 6, n. 1, p. 32-49, jan. 2018. Disponível em: <http://oapecsuperior.com.br/revista-cientifica/index.php/REJU/issue/view/10>. Acesso em: 20 jan. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. RMS 22.980/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/08).

SOUZA JUNIOR, Elias Charamba de. **A fase de investigação social nos concursos público:** moralidade administrativa x proibições casuísticas. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-152/a-fase-de-investigacao-social-nos-concursos-publico-moralidade-administrativa-x-proibicoes-casuisticas/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

VIAPANA, Tábata. **MP precisa informar acusado sobre termos de acordo de não persecução penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/mp-informaracusado-terminos-acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 05 ago. 2022.

# O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DISCURSO NORMATIVO VIGENTE E A REALIDADE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

*Carlos Daniel da Silva Cunha*<sup>55</sup>

*Giovani Francisco de Sá Leitão Soares Ávila Paz*<sup>56</sup>

*Maria Edinara Mesquita Bueno*<sup>57</sup>

*Wellton Pires Pereira*<sup>58</sup>

## INTRODUÇÃO

Em constante processo de desenvolvimento e discussão, o tema sistema carcerário é um ponto bastante abordado no âmbito jurídico. Os indivíduos da sociedade contemporânea, de forma análoga aos demais períodos históricos, continuam envolvidos em muitos conflitos oriundos das diversas formas das relações humanas. Estes conflitos muitas ve-

---

55 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

56 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

57 Graduada em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

58 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

zes incorrem em transgressões sociais e podem ser caracterizados como crime e, portanto, como afirma Foucault, é necessário codificar todas essas práticas ilícitas. Embora muitos tenham sido os rostos do ato de punir ao longo da história da humanidade, a evolução da teoria penal encontra-se, na contemporaneidade, revestida sobre os ideais dos direitos humanos. Contudo, no cenário nacional, o sistema carcerário brasileiro escancara a contrariedade crescente entre a letra da lei e sua real eficácia.

Na abordagem sociológica de Emile Durkheim, o crime é um fato social e a sua sanção deve ser compreendida como um fator positivo para a sociedade, reafirmando seus valores legais e fortalecendo a formação da consciência coletiva. Nesse sentido, ela reforçaria o comportamento adequado, promovendo a recuperação e ressocialização, através do isolamento do indivíduo da esfera social. A partir dessa perspectiva, observa-se que os sistemas prisionais modernos foram moldados não somente para punir e recuperar o infrator, mas para estabelecer uma coerção social que levasse os indivíduos a reconsiderarem suas ações, evitando, assim, sanções equivalentes.

Aquele que, através das suas ações, se caracterize como ator na degradação da vida em sociedade, ou seja, apresenta-se como um risco ao convívio social, desobedecendo às normas e leis, está sob o poder de coerção do Estado que, como ferramenta de punição contra os atos ilícitos cometidos, dispõe do Direito penal, que é o sistema de leis penais, que se converte no surgimento do que Foucault (2013) chama de “[...] armadura institucional de detenção penal”, a prisão.

Nesse contexto, o sistema social prisional vem sendo objeto de constantes estudos na última década e as políticas penais têm sido frequentemente questionadas quanto à eficácia da sua principal finalidade.

No atual processo de discussão no âmbito das ciências penais, a prisão como instituição carcerária, isto é, como sanção autônoma e principal forma de punição, é figura recente e teve sua inserção e utilização no discurso contemporâneo das ciências penais através da necessidade da humanização das técnicas corretivas, caracterizando-se como um mecanismo de transformação técnica dos indivíduos e também de privação da liberdade. Contudo, como afirma Foucault (2013), ao se tornar punição legal, ela carregou a velha questão jurídico-política do direito de punir

com todos os problemas, todas as agitações que surgiram em torno das tecnologias corretivas do indivíduo.

No Brasil, embora seja possível perceber o zelo do legislador em preservar a dignidade do recluso, pode-se observar que, nos últimos 20 anos, a degradação do sistema tornou-se mais evidente, o que colocou em xeque a sua eficácia quanto às finalidades, sejam elas mediatas ou imediatas, assim como a não observação dos direitos fundamentais pelos agentes públicos e a viabilização de organizações criminosas com códigos próprios, gerenciadas diretamente dos presídios. É nesse ambiente hostil, permeado de vulnerabilidade, que o Estado tem seu poder desafiado e a ideia durkheimiana de que o crime se resume a um objeto de construção social é reafirmada.

Uma das formas que vêm sendo apresentadas pelo Estado como solução para a propagação do caos que se instalou no sistema prisional é um incremento no número de presídios e mais rigor na elaboração das leis. Porém, na conjuntura atual, abre-se um leque de questionamentos a respeito da omissão dos responsáveis diante dos desafios de estancar o crescimento da criminalidade nos complexos carcerários e de ajustar o ambiente das prisões para um patamar mínimo de dignidade humana.

Dessa maneira, é de suma importância que haja a observância por parte do sistema penitenciário brasileiro com vistas a estar em conformidade com as premissas do ordenamento jurídico nacional, que, como visto, o núcleo duro é a dignidade da pessoa humana e todos os desdobramentos que esse princípio acarreta. Contudo, o sistema carcerário é um tema bastante abrangente, por isso, preferiu-se fazer um recorte do elemento-alvo. Assim, decidiu-se que, dentro das diversas possibilidades disponíveis, este artigo irá se debruçar sobre questões referentes à garantia do direito da dignidade da pessoa humana da população carcerária nacional.

Nesse viés, o estudo tem como objetivo realizar uma análise comparativa entre o discurso da estrutura normativa acerca da garantia da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário brasileiro e a realidade física da população prisional desse mesmo sistema, palpável através de dados disponibilizados por organismos de pesquisa competentes a mediante revisão bibliográfica acerca da temática.

Trabalhos como este, que através de análises avaliam questões acerca do sistema carcerário brasileiro, são de grande valor, dado que essa instituição legal de punição do Estado pode ser vista por outra ótica, como afirma Coelho (2005), não se trata mais de saber o que o crime faz com a sociedade, mas, ao contrário, de indagar o que a sociedade faz com os criminosos.

## 1. A PRISÃO E O DIREITO DE PUNIR

Para Duport *apud* Foucault (2013), a prisão se fundamenta como sendo a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e, ao qual cada um está ligado por um sentimento universal e constante. Nesse viés, a perda da liberdade tem, portanto, o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela se caracteriza por ser, a esse modo, uma punição “igualitária”.

Em suma, para Foucault (2013), a prisão foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um “suplemento corretivo” que, desde o século XIX, deverá atuar como um organismo de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite funcionar no sistema legal, recobrando-se ao mesmo tempo da privação da liberdade e da transformação técnica dos indivíduos.

Nesse cenário, a prisão em Foucault não deve ser vista como uma mera instituição inerte, do contrário:

[...] a prisão deve ser concebida de maneira a que ela mesma apague as consequências nefastas que atrai ao reunir num mesmo local condenados muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas “associações misteriosas” (FOUCAULT, 2013, p. 222).

Destarte, a prisão tem a incumbência de não deixar que se formem, a partir dos malfeitores que reúne, uma população homogênea e solidária de criminosos. Sobretudo, vê-se que “o efeito mais importante

talvez do sistema carcerário e de sua extensão além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir [...]” (FOUCAULT, 2014, p. 286).

## 2. LEGISLAÇÃO ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A Lei de Execução Penal n. 7.210/84 é uma legislação que dispõe sobre a execução das penas, teve origem em 1933, através do projeto do Código Penitenciário da República, que, em razão das discussões e promulgação do atual Código Penal de 1940, foi logo abandonado.

Posteriormente foi apresentado um projeto de lei de autoria do Dep. Carvalho Neto, resultando na aprovação da Lei N° 3.274/57, que não contemplava todas as situações que se pretendia. Então, no ano de 1981 uma comissão composta por professores e juristas apresentou novo anteprojeto para a Lei de Execuções Penais. Em 1983, o Presidente da República, Gal. João Figueiredo, enviou o projeto ao Congresso Nacional que foi aprovado sem nenhuma alteração, originando-se na Lei N° 7.210/84. A referida Lei possui natureza mista, abordando o Direito administrativo, Constitucional, Penal e Processo Penal.

A Lei de Execução Penal foi desenvolvida objetivando um sistema penitenciário ressocializador, assim afirma Araújo (1999), em 1984 obteve-se um novo diploma legal professando a fé na dignidade da pessoa humana. Em seu artigo primeiro a Lei de Execuções Penais define que a função penal é a ressocialização do preso. Ainda nesse sentido, diz Nucci:

A medida de segurança, por sua vez, tem a finalidade de prevenir o cometimento de novos delitos e garantir a cura do autor do fato havido como infração penal, quando constatada a sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Nota-se, pois, em vários dispositivos da Lei 7.210/84, a começar do art. 1º, ser um objetivo precípua da execução penal a reintegração social do condenado e internado, apesar de serem eles retirados do convívio em comunidade por algum tempo, mormente no caso de início de cumprimento de pena no regime fechado (NUCCI, 2014, p. 943).



Segundo Mariner, A Lei de Execução Penal é uma obra extremamente moderna de legislação; reconhece um respeito saudável aos direitos humanos dos presos e contém várias provisões ordenando tratamento individualizado, protegendo os direitos substantivos e processuais dos presos e garantindo assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material. Vista como um todo, o foco desta lei não é somente a punição, mas, ao invés disso, a ressocialização das pessoas condenadas.

A Lei de Execução Penal é composta por 204 (duzentos e quatro) artigos e o objeto da mesma está disposto já no primeiro, em que se estipula que: “[...] A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEI N° 7.210, 1984).

Para análise proposta neste artigo, serão destacados alguns artigos que tratam dos direitos estabelecidos aos presos que implicam diretamente na garantia da dignidade da pessoa humana. No capítulo I da referida Lei, em seu Artigo 10°, fica determinado que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (LEI N° 7.210, 1984). Já no Artigo 11, tem-se que “[...] a assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa” (LEI N° 7.210, 1984).

O trabalho do condenado também é um direito positivado pela Lei N° 7.210/84, sendo entendido como dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade o caráter educativo e produtivo, além de ser imposto a todas as autoridades, por meio do Artigo 40, o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

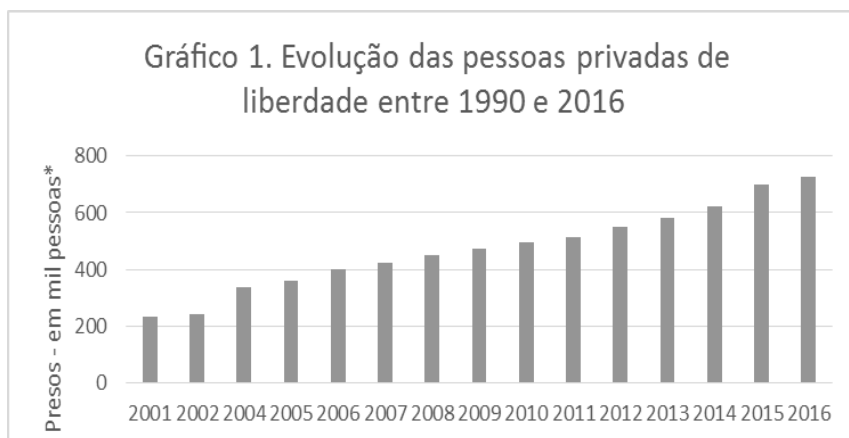
Por meio do Artigo 85, a Lei de Execução Penal determina que: “[...] o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (LEI N° 7.210, 1984). Além de contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva e que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, conforme o Artigo 88.

Em relação aos requisitos básicos da unidade celular, no parágrafo único do Artigo 88, fica definido que a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico deve ser adequado à existência humana, com área mínima de 6.00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

### 3. LEVANTAMENTO DOS BANCOS DE DADOS E INFORMAÇÕES

#### 3.1. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) E O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Os dados estatísticos fornecidos pelo Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e pelo Ministério da Justiça, compreendidos entre os anos 2001 a 2016, mostram que a população carcerária nacional aumentou de forma significativa, mesmo considerando o crescimento do número de habitantes no mesmo período, de acordo com a figura a seguir:



**Figura 1: Gráfico da evolução de pessoas privadas de liberdade entre 2001 e 2016 (adaptado).** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=downloads>. Acesso em: 26 nov. 2021.

Os dados apontam que, nesse período, o total de habitantes aumentou de 172.385.826 (cento e setenta e dois milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e vinte e seis) para 202.768.562 (duzentos e dois milhões, setecentos e sessenta e oito mil, quinhentos e sessenta e dois), um crescimento de 17,62%, enquanto a população carcerária aumentou de 233.859 (duzentos e trinta e três mil, oitocentos e cinquenta e nove) para 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze), um crescimento de 210,75%. A taxa de aprisionamento aumentou em 159,84%, no período de 2001 a 2016.

Ainda segundo os dados do IBGE, no ano 2001, para cada 100 (cem) mil habitantes existiam 135,7 pessoas presas, em junho de 2016 essa taxa chegou a pouco mais de 352,6 pessoas presas, correspondente a um aumento de 83,94%, o que significa que em 15 (quinze) anos a população carcerária aumentou, aproximadamente, em 2,5 (duas vírgula cinco) vezes.

No panorama geral da população prisional brasileira registrada em dezembro de 2021, observa-se que existiam 833.176 (oitocentos e trinta e três mil cento e setenta e seis) pessoas privadas de liberdade. Com relação ao número de vagas, verifica-se um déficit total de 259.846 (duzentos e cinquenta e nove mil oitocentos e quarenta e seis) vagas e uma taxa de ocupação média de 145,5% em todo o país, cenário que continua se agravado nos últimos anos.

**Tabela 1: Pessoas privadas de liberdade no Brasil (adaptado).** Disponível em: [www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf](http://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf). Acesso em: 01 out. 2022.

Natureza dos dados	Quantitativo
População Prisional	833.176
Vagas	573.330
Déficit de vagas	259.846
Taxa de ocupação	145,50%

Considerando o ranking do banco de dados online *World Prison Brief*, entre os 20 países com maior população carcerária, a população carcerária brasileira aparece em terceiro lugar, estando atrás somente de Estados Unidos (2,1 milhões de presos) e China (1,6 milhão de presos).

## 3.2. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN), analisou as categorias que compõem o perfil sociodemográfico da população privada de liberdade no Brasil.

O referido levantamento revela que, embora previsto na Lei de Execução Penal (Art. 41, XVI) como direito do preso, somente 13% das unidades prisionais informaram receber, com ou sem regularidade, o atestado de pena a cumprir das pessoas em privação de liberdade no estabelecimento. E que entre as unidades prisionais que dispunham de informação sobre o tipo penal, foram registradas 472.114 (quatrocentos e setenta e dois mil cento e quatorze) incidências penais, distribuídas entre os grupos do Código Penal (crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio, crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a fé pública, crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por particular contra a Administração Pública), que representa 63,01% dos casos e de legislações específicas (Drogas, Estatuto do desarmamento, Crimes do Trânsito e outras legislações específicas), representando 36,99%.

Segundo o mesmo banco de dados, pode ser verificado se estão sendo atendidos esses direitos: em relação ao acesso à assistência educacional que deve ser oferecido pelo Estado na forma de instrução escolar e formação profissional, visando a reintegração da população prisional à sociedade, observa-se que apenas 39,77% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares.

Já em relação ao direito ao trabalho, apenas 16,15% da população prisional estava envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais.

Ainda neste levantamento foram incluídas questões acerca da existência de estrutura para atenção básica à saúde, discriminando entre os espaços mínimos e complementares previstos no módulo de saúde dos estabelecimentos penais. Do relatório depreende-se que 39% dos estabelecimentos não possuem módulo de saúde (mínimos e complementares).

## 4. A EFETIVIDADE DA LEI NA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL

O Brasil, até o ano de 1830, não utilizava a privação de liberdade como forma punitiva, pois o cárcere tinha a finalidade de custódia, prevenindo a fuga do indivíduo até que a pena fosse devidamente julgada. Sendo assim, a privação de liberdade não consistia na punição em si, mas em um instrumento que possibilita a sua efetivação (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012). Os autores citados afirmam ainda que nesse período, enquanto colônia portuguesa, encontrava-se em vigor o Livro V das Ordenações Filipinas que sujeitavam o transgressor a penas como o confisco de bens, multas, castigos corporais e, em alguns casos, aplicava-se a pena de morte. Com o advento do Código Criminal do Império, a prisão passa a integrar o rol das penas e, desde a sua origem, já apresentava uma realidade estrutural degradante.

A prisão adquiriu caráter social, no início do século XX, e sofreu ajustes estruturais que objetivavam a separação dos detentos de acordo com a infração cometida, gênero, idade, entre outros. Tais adequações não impediram a ocorrência de fatos que evidenciaram a ineficiência do sistema que é potencializada pelo descaso da administração pública e pela falta de investimento adequado dos recursos, distanciando-se, assim, da expectativa inicial de eliminar os abusos desumanos anteriores a sua criação (MACHADO *et al.*, 2013).

Conforme Fernandes e Oliveira (2017), a instalação do cárcere como principal forma de sanção criminal culminou em um significativo crescimento no número de detentos, configurando um aglomerado desumano, em que aqueles que conseguem conservar a sua dignidade o fazem por meios corruptos, através do pagamento de suborno aos agentes penitenciários. Nesse sentido, “[...] ao se tornar punição legal, a prisão carregou a velha questão jurídico-política do direito de punir com todos os problemas, todas as agitações que surgiram em torno das tecnologias corretivas do indivíduo” (FOUCAULT, 2014, p.228).

A despeito do reconhecimento internacional da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 ser notório - diante dos elogios que recebe, sendo percebida como uma Constituição atual, de-

mocrática e fundamentada na garantia dos direitos do cidadão –, há uma lacuna alarmante entre os enunciados normativos e a realidade brasileira. Analogamente, esse resultado negativo persiste quando essa análise é estendida para o sistema carcerário como um todo (MIGUEL, 2013).

É possível observar, por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado no ano de 2016, que a população prisional, no Brasil, possui uma taxa de ocupação correspondente a 197,40%. Para Thompson (2002), o fato de não existir nenhuma limitação pré-estabelecida para o ingresso do condenado nos presídios compromete, significativamente, o respeito ao número ideal de indivíduos por celas. O referido autor observa ainda que essa elasticidade descumpra a determinação da Lei de Execução Penal acerca da acomodação dos detentos, na qual são observados como requisitos mínimos o isolamento durante o descanso noturno e propiciar isolamento aos internos durante o repouso noturno e a oferta de trabalho remunerado aos presos.

Nesse contexto, a construção de novos presídios destaca-se como uma das principais alternativas apontadas para reverter este cenário. Entretanto, é notório que um alto índice de aprisionamento não reflete em avanços nas condições dos estabelecimentos prisionais, onde a efetivação do princípio constitucional da dignidade humana continua sendo desrespeitada e aqueles que se encontram no cárcere têm não apenas a sua liberdade suprimida, mas também os direitos inerentes a sua condição de cidadão (BRASIL *apud* LERMEN *et al.*, 2015). Tais direitos são garantidos pela Lei de Execução Penal, embora, na realidade, de acordo com o entendimento de Miguel (2013), estes sejam substituídos pela indiferença, tortura e outras formas de maus-tratos.

Além das garantias contra as penas cruéis (Art. 05, Inciso XLVII), o Art. 05 também prevê o cumprimento das penas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito (inciso XLVIII) e o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX). Essas leis representam uma pequena parcela dentro do conjunto de violações, relacionadas ao sistema prisional, cometidas pelo Estado (MIGUEL, 2013).

De acordo com Fernandes e Oliveira (2017), a violência presente no interior dos presídios pode ser subentendida a partir de práticas visíveis como a superlotação presente no sistema prisional e, consequente-

mente, a falta de respeito à dignidade humana e por este motivo tem se mostrado necessária a intervenção de organismos internacionais para o fortalecimento da adequação dos nossos sistemas prisionais às exigências legais, sejam elas internas ou não, com o objetivo de garantir a qualidade de vida dos apenados.

Bittencourt (2017) observa que:

Na estrutura carcerária brasileira [...] parece imperar o propósito de anular a condição humana dos apenados, transformando-os em escória. A reflexão sobre a própria conduta progressa é inviabilizada pela necessidade de lutar pela sobrevivência diária. Hiperlotação das celas, precarização da assistência sanitária, condições degradantes de higiene, negação da assepsia, fornecimento de alimentos estragados, assessoria jurídica inepta, perpetuação de redes de poder mantidas por criminosos de alta atuação fora dos muros penitenciários.

Embora seja coerente afirmar que o sistema prisional não alcança a finalidade de punir adequadamente e ressocializar o apenado, infelizmente, ele tem obtido êxito no estabelecimento de relações entre os detentos, fortalecendo a escola do crime, e potencializando as chances destes retornarem a prática criminosa na sociedade (MIGUEL, 2013). É inferido por Bittencourt (2017) o fato de que, hodiernamente, nas prisões brasileiras, há insuficiência de dados que esclareçam todo o processo que nelas ocorrem, inclusive dos abusos cometidos contra os apenados, que violam, diretamente, os fundamentos legais que, com exceção do direito de ir e vir, garantem plenamente a extensão dos direitos civis aos apenados.

É importante destacar, como já citado anteriormente, a determinação da LEP, em seu artigo 10, de que o Estado deve prestar a devida assistência aos detentos, sendo seu dever a assistência material - mediante o fornecimento de alimentos, vestuário e instalações dignas e, além disso, fornecer assistência à saúde com previsão no artigo 12 da LEP; entre outros porém, mesmo com os direitos previstos legalmente, a realidade difere do que é exigido na esfera legal e os apenados são submetidos a

condições sub-humanas, pois o Estado não proporciona as condições dignas àquele que se encontra encarcerado (MIGUEL, 2013).

Para Thompson (2002), para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através da injúria. Portanto, como evidenciado por Miguel (2013), se a realidade fosse plenamente ajustada ao que estabelece a LEP, ela cumpriria tanto a função de reparar a ação criminosa quanto exercer coercibilidade social para mitigar a possibilidade de repetição de tais comportamentos. A referida autora afirma ainda que o sistema prisional é o principal responsável pelo regresso dos ex-presidiários ao mundo do crime, devido a revolta promovida pela privação dos seus direitos e ao tratamento recebido, além da falta de preparo para a reinserção social do detento.

Já Damázio (2010) afirma que as falhas do sistema prisional são inúmeras e comprometem diretamente a efetividade no cumprimento dos enunciados normativos que regem os direitos do cidadão recluso. Tais infrações atingem as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, a Lei de Execução penal - que assegura tanto ao condenado quanto àquele que aguarda julgamento a completude dos direitos não percebidos pela sentença ou pela lei -, a Lei nº 9.455/97, reconhecida popularmente como Lei da Tortura, além de ferir os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. A autora salienta ainda que o Sistema Prisional brasileiro está falido e é baldado quanto à ressocialização e à redução da criminalidade e que, diante das mazelas apresentadas, entende-se que a realidade da vida nas prisões está longe de adequar-se às evoluções da legislação penal do Brasil, assim como das demais fontes de direitos do cidadão brasileiro.

## 5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

De acordo com a bibliografia consultada, o Estado tem a responsabilidade de assegurar aos apenados o direito à dignidade da pessoa humana. Para isso, faz indispensável que garanta, dentre outros requisitos, proporcionar condições para a harmônica integração social da população carcerária, de modo que, objetiva prevenir o crime co-



metido por parte do apenado e orientá-lo no retorno à convivência em sociedade.

Destarte, a função da pena e, conseqüentemente, do sistema carcerário como um todo, é a ressocialização dos indivíduos, devendo ser preservados, como positivado na Lei de Execução Penal, os direitos substantivos e processuais dos presos, uma vez garantindo assistência educacional, médica, material, entre outros. Desse modo, a instituição carcerária deve ser encarada não como mero agente de punição, mas também como encarregada de preparar o indivíduo para poder novamente gozar do direito de liberdade por ora outorgado e, assim, voltar à vida em sociedade.

É nesse novo contexto trazido pela contemporaneidade que Foucault enxerga a instituição prisão e que, com igualdade, o Legislador no discurso normativo brasileiro institui os parâmetros contidos na Lei N° 7.220/84, que devem ser seguidos por todos entidades do sistema carcerário, a fim de assegurar a função da prisão. Parâmetros esses que passam desde a assistência material, à saúde, até a educacional - dentre outras mais -, aos indivíduos que compõem a população carcerária brasileira, atingindo, assim, um caráter social.

Inserido nesse caráter social e de transformação técnica dos apenados é que a Lei de Execução Penal prevê também o direito de trabalho do condenado, sendo entendido como promovente da condição de dignidade humana, e ter como finalidade o caráter produtivo e, do mesmo modo, educativo.

Outra premissa de igual relevância encontrada na letra da lei é a observância que deve ser dada, por parte do estabelecimento penal quanto à lotação do sistema carcerário, que, deverá ser compatível com a sua estrutura e finalidade. À vista de todo esse arcabouço de garantias previstas na Lei de Execução Penal, pode-se afirmar, como defende MARINER, que é uma obra extremamente moderna de legislação, ao apresentar uma notória devoção aos direitos humanos dos apenados e a função ressocializadora do sistema carcerário. Contudo, através da análise dos dados anteriormente expostos, revela-se a realidade fatídica do sistema carcerário brasileiro, que apresenta prova inequívoca de uma contradição descomunal entre a letra da lei e a realidade empírica.

Basta fazer uma relação entre o quantitativo de vagas disponíveis no último levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2021, no sistema carcerário brasileiro, e a real população prisional que este abrigava para chegarmos a um déficit de 259.846 (duzentos e cinquenta e nove mil oitocentos e quarenta e seis) vagas. O que representa uma taxa de ocupação no sistema carcerário de 145,50%.

Estes fatos acarretam inúmeras falhas ao sistema carcerário brasileiro e, conseqüentemente, torna praticamente impossível a sua eficiência e conformidade com o discurso normativo e todas as garantias que busca assegurar a população carcerária e, da mesma forma, a sociedade. Como visto, entre os vinte países com a maior população carcerária, o Brasil se encontra na terceira posição, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, segundo o *ranking* do *World Prison Brief*.

Os impactos que esta realidade acarreta materializam-se exatamente no descumprimentos das obrigatoriedades expressas na Lei de Execução Penal, como na promoção do direito de trabalho aos apenados que, segundo o último levantamento realizado pelo Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN), previamente exposto, apenas 15% da população carcerária nacional estivera envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais, apresentando-se, inclusive, com um dos menores contingentes de apenados trabalhando dentro do sistema prisional, o estado do Rio Grande do Norte.

Ademais, concernente à pesquisa relacionada à aplicabilidade da lei no sistema prisional e a sua efetividade quanto a proteção dos direitos do apenado, de acordo com os posicionamentos verificados, é possível observar que são destoantes entre si. Tal constatação é possível a partir da análise das proposições legais e informações levantadas a respeito da realidade dos apenados que, mediante bibliografia consultada, são vítimas de um sistema em que persistem violações que agravam a condição do recluso, submetendo-os, muitas vezes, a condições sub-humanas e comprometendo a finalidade do sistema prisional de punir adequadamente e ressocializar o preso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise produzida sugere que a visão moderna de prisão extrapola o âmbito punitivo; ela passa a ser vista também como instrumento de mudança daquele considerado como um risco à sociedade. Com efeito, a Lei de Execução Penal ratifica esta posição e incorpora em seu texto a expectativa de reintegração social do condenado e internado, atribuindo-lhes garantias de diversas ordens. Pode-se afirmar que o núcleo das disposições da referida Lei não é senão o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, os dados utilizados revelam a existência de uma discrepância entre a letra da lei e a realidade dos complexos penitenciários. Isso sinaliza que o Poder Público falha na proteção dos direitos assegurados à população carcerária. Este descumprimento é influenciado, em certa medida, pela superlotação dos estabelecimentos penais. Porém, somente uma análise pormenorizada do tema em questão pode aferir se os direitos dos detentos não são garantidos em virtude do contingente de pessoas presas.

A falência do atual modelo do sistema penitenciário tem sido colocada em discussão por inúmeros estudiosos e operadores do Direito. Apesar disso, podemos identificar a Lei de Execução Penal como proveitosa, na medida em que assegura aos presos seus devidos direitos. Se fosse efetivamente aplicada, contribuiria enormemente para a sociedade como um todo. Entretanto, percebe-se que o Poder Público enfrenta muitos empecilhos para o real cumprimento da lei e para atenuar o caos do atual sistema prisional. Por isso, como sugestão para estudos futuros, indicamos a necessidade de apontar o panorama social dos efeitos da desobediência da lei. Além disso, faz-se mister compreender os fatores que conduzem à ineficácia estatal, de modo que seja possível identificar os principais procedimentos a serem adotados pelas autoridades competentes.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 1999.

- BITTENCOURT, Renato Nunes. A miséria penitenciária e a estratégia política de desumanização do apenado. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 16, n. 190, p. 75-89, mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2E1Sxfy>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.
- BRASIL. **Constituição Federal 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: 30 de setembro de 2022
- BRASIL. **Lei Nº 7.210 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da União], Brasília-DF, 11 jul. 1984.
- COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo**: e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.
- DAMÁZIO, Daiane da Silva. **O SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL**: problemas e desafios para o Serviço Social. 2010. 91 f. TCC (Graduação) – Curso de Serviço Social, Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Geografia283197.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.
- FERNANDES, Izabela Alves Drumond; OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA EM FACE DA PRECARIÉDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 63-82, 8 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2ripGvY>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.
- FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.
- LERMEN, Helena Salgueiro *et al.* Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 905-924, set. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2UhL9Cp>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.
- MACHADO *et al.* Sistema Penitenciário Brasileiro – Origem, Atualidade e Exemplos Funcionais. **Revista do Curso de Direito da**

**Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 201-212, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2BkeFIH>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

MARINER, Joanne. O Brasil atrás das grades. **Human Rights Watch**, Brasil, 1998. Disponível em: <http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/sistema.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2022.

MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. **Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 49-64, jun. 2013. Semestral.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SANTIS, Bruno Moraes di; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 11, n. 11, p. 143-161, set. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2BKp2x9>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**: De acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

# PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR MENSALMENTE AS REMIÇÕES AO JUÍZO E OS IMPACTOS AO APENADO

*Louise Christine Frota Geraldo*<sup>59</sup>

*Alice Arlinda dos Santos Sobral*<sup>60</sup>

## INTRODUÇÃO

A pessoa condenada definitivamente além de perder parcial ou integralmente a liberdade, ainda pode perder outros direitos, desde que expressamente previsto na legislação e/ou na sentença judicial. Sendo-lhe assegurado todos os demais direitos (BRASIL, 1984 – LEP). Portanto, seus direitos personalíssimos e sociais, não afetados pela sentença ou pela lei, ainda são preservados, dentre eles o direito ao trabalho e valorização

---

59 Advogada, Pós-graduanda da Especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas.

60 Advogada. Mestre e Doutora em Direito, Psicóloga, Pós-graduada em Psicologia Jurídica e neuropedagogia clínica e Institucional, Professora de Direito Penal da Universidade do Estado do Amazonas.

à força de trabalho. O trabalho do condenado é um dever social e condição para manutenção de seus direitos personalíssimos, ligados à dignidade humana, tendo a função educativa e produtiva.

Por isso o trabalho poderá ser remunerado ou não (BRASIL, 1984), mesmo que não esteja sujeito à disciplina da CLT (BRASIL, 1984), a ele ainda deve ser assegurado o núcleo mínimo garantido na Constituição (BRASIL, 1988), além de ser realizado com organização e aos métodos que guardem precauções relativas à segurança e à higiene (BRASIL, 1984).

Todavia, todo o trabalho deverá servir para fins de remição da pena, exceto quando revogado por falta disciplinar (BRASIL, 1984). A remição da pena é considerada tempo de pena cumprido para todos os fins de direito. Logo, guarda especial relevância para o controle do tempo de pena cumprida e do remanescente de pena que o condenado ainda deve cumprir, seja para alcançar os direitos decorrentes da execução (progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, trabalho externo etc.) seja para o encerramento da execução penal.

Na execução penal da Comarca de Manaus, a Secretária de Administração Penitenciária não fiscaliza o cumprimento da obrigação de emissão mensal da cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles (AMAZONAS, 2021 - processo da DPE/AM para obrigar), seja para fornecer ao juízo seja para fornecer ao condenado (BRASIL, 1984).

Logo, o objeto desta pesquisa é investigar as consequências (não só para o condenado) quando do descumprimento da obrigação legal de encaminhar cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles, prevista no art. 129 da Lei de Execução Penal.

## 1. DOS PRINCÍPIOS DO CUMPRIMENTO DA PENA

No que se refere ao cumprimento de pena, extrai-se a obrigação por parte do Estado em se fazer cumprir e aplicar as linhas norteadoras da Dignidade Humana. Mariana Cappellari, em sua obra *Direitos Humanos*

na *Execução Penal*, sustenta que a Constituição Federal é o fundamento de validade do exercício do poder de punir estatal e, conseqüentemente, a sua própria limitação, de modo que o Estado ao tomar para si o poder de punir, assume também o dever de proteção (CAPPELLARI, 2014, p. 79).

Do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, nasce o princípio da humanidade das penas, o qual ensina que qualquer pena que vá de encontro com a dignidade da pessoa do apenado deve ser excluída do sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração da humanização das penas nos Incisos XLIX e L do artigo 5º, que assegura o respeito à integridade física e moral da pessoa presa. Além disso, no Inciso XLVII do mesmo artigo, temos a vedação de penas cruéis.

Dessa forma, Nilo Batista leciona que o princípio da humanidade está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo da danosidade social, sustentando que racionalidade e a proporcionalidade eram princípios que não se viam (BATISTA, 2001, p. 100).

O princípio da legalidade encontra-se nos arts. 3º e 45 da Lei de Execuções Penais, os quais garantem ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença e pela lei, não sendo possível normas penitenciárias administrativas, inclusive as que versam sobre falta e sanção disciplinar, ferir seus direitos.

O princípio da individualização da pena é uma preocupação constante na Constituição da República, determinando que esta não pode passar da pessoa do condenado, devendo ser aplicada em função de sua culpabilidade, sua personalidade e seus antecedentes. Este princípio é revelado no artigo 5º, incisos XLVI, XLVII e L da CF/88. A individualização da pena é realizada em três momentos: a) a legislativa, na qual são definidas as condutas a serem criminalizadas e suas respectivas penas; b) a judicial, com base no art. 59 do Código Penal; e c) a executória, quando os condenados são separados pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), segundo seus antecedentes e personalidade, artigo 5º, 7º e 8º da Lei 7.210/84.

Do princípio supracitado ramifica-se o princípio da proporcionalidade da pena, que dispõe que deve ser estabelecida a devida correspon-



dência entre a classificação do preso e a forma de aplicação da pena a ele cominada. Pode-se asseverar que todas as questões que rodeiam o direito penal devem, em algum momento, ser observadas à luz da proporcionalidade, desde a existência do próprio direito penal até os conceitos de legítima defesa, erro de tipo, coação irresistível, incluindo a controvérsia em torno da responsabilidade da pessoa jurídica, até chegar as causas de extinção da punibilidade, pois o que se discute em todos esses casos é, em última análise, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim da intervenção jurídico-penal.

O princípio da isonomia, por sua vez, ensina que não haverá distinção entre os presos, distinção essa de cunho racial, social ou político, sendo esta interpretação de acordo com o princípio da proporcionalidade, determinando o tratamento igual àqueles em semelhante situação e desigual aos juridicamente desiguais. A análise de cada caso concreto deve ser pormenorizada e procedida de forma razoável, devendo existir correlação entre o critério de diferenciação e a pessoa discriminada, devendo tal diferenciação ser pautada nos princípios constitucionais e dentro dos limites da Lei de Execuções Penais.

Conforme mencionado anteriormente, de forma superficial, cabe aqui ressaltar o caráter complexo da execução penal e reiterar a natureza jurisdicional deste ramo jurídico. Tal princípio determina que os atos praticados dentro do ramo da Execução Penal sofram intervenção da autoridade judiciária. O prisma administrativo é mínimo, prevalecendo a intervenção do juiz. A este compete inúmeras atribuições, conforme rol descrito no Art. 66 da Lei de Execuções Penais.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, o princípio da vedação ao excesso de execução refere à coisa julgada, objeto de proteção da Carta Magna. A pena deve ser executada de acordo com as condições e limites impostos na sentença condenatória (GOMES, 2009).

Ademais, sustenta que o princípio da ressocialização do condenado consolida o escopo primordial da execução da pena, que é a reintegração do apenado à sociedade. A execução da pena não tem apenas por objetivo excluir do convívio social aquele que delinque, pondo a salvo, desta forma, a sociedade de atos contrários à legislação, vez que deve o Estado tutelar os bens jurídicos dos indivíduos. Desta feita, a execução da pena

tem caráter de sanção e, também, de oferecer condições ao criminoso de novamente integrar-se ao seio da comunidade sem novamente delinquir.

## 2. DA PROGRESSÃO DE REGIME E REMIÇÕES

Este trabalho tem como foco a Lei de Execução Penal, isto é, a Lei no 7.210/1984, a qual trata da progressão de regime em seu art. 112, dispondo que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência do condenado para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz da vara de execuções penais, conforme o caso concreto, sendo que, atualmente, para que o condenado tenha direito a concessão da progressão de regime, deve este ter adquirido no cumprimento de sua pena o requisito objetivo e subjetivo.

O requisito objetivo nada mais é do que o cumprimento do lapso temporal, ou seja, cumprimento de certo período de tempo, definido de acordo com as especificações do delito praticado. A parte final do artigo 112, da LEP, apresenta como requisito subjetivo o bom comportamento carcerário, através de certidão emitida pelo diretor do estabelecimento prisional, como forma de comprovação da conduta do indivíduo.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o mérito do condenado:

É a capacidade, a aptidão, é a comprovação da existência de condições que façam presumir que ele, condenado, está preparado para ir conquistando progressivamente a sua liberdade, adaptando-se a um regime mais liberal, sem prejuízo para fins da execução da pena (BITENCOURT, 2009, p. 496).

Ainda, para Capez:

Bom comportamento carcerário significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como a autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar em conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária (CAPEZ, 2011, p. 392).

Nesse contexto, insere-se o instituto da remição, o que na prática consiste no desconto de parte do tempo de execução da pena, que se aplica à pessoa que esteja em regime fechado ou semiaberto (ROIG, 2018). Ressaltando-se que não é benefício exclusivo de presos já condenados, uma vez que é possível a aplicação em hipótese de prisão cautelar. Além disso, poderão remir os condenados em regime aberto e os que usufruem de liberdade condicional, podendo extinguir a pena de forma mais rápida, através de ensino regular ou de educação profissional, de acordo com o artigo 126, parágrafo 6º da Lei de Execuções Penais.

No que se refere à remição pelo trabalho, entendimentos pacificados em nossos tribunais apontam para o reconhecimento de que a cada 8 (oito) horas de trabalho, ou seja, a cada 3 (três) dias com a prestação de 8 (oito) horas de trabalho, há o desconto de 1 (um) dia de pena. Insta ressaltar que não há falar em remição de pena pelo trabalho estando o condenado no regime aberto ou em livramento condicional, visto que nestes casos o trabalho é condição de ingresso e permanência, respectivamente, conforme decorre dos arts. 114, I, e 132, § 1º, a, ambos da LEP.

Considerando que a Lei de Execuções Penais não diferencia trabalho interno ou externo para remir os dias, não há óbice para que o apenado realize tarefas externas, ainda que em empresa privada, desde que tomadas as cautelas contra a fuga. Além disso, não impedimento para que sejam efetuadas eventuais prestações de serviço, tendo em vista que as horas efetivamente trabalhadas serão consideradas para o desconto da pena.

Em relação à remição pelo estudo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, que apresenta a seguinte redação: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.” Assim, a redação o art. 126, caput, e § 1º, inc. I, da LEP, garante o direito à remição pelo estudo, na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, seja atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

Explicando, o estudo poderá ter carga horária diária desigual, entretanto, para obter direito à remição é imprescindível que estas horas

somadas resultem em 12 (doze) a cada 3 (três) dias para que se alcance o abatimento de 1 (um) dia de pena, e, portanto, se o preso tiver jornada de 12 (doze) horas de estudos em um único dia, isso não proporcionará isoladamente 1 (um) dia de remição. Ainda, essas atividades de estudo poderão ser realizadas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e serão certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

De acordo com o art. 126, parágrafo 3º da LEP, as remições por trabalho e estudo podem ser cumuláveis desde que se compatibilizem em horários, isto é, em turnos ou dias diferentes entre eles, de modo que possibilite o apenado cumprir sua jornada trabalhista de até oito horas e após frequentar curso regular ou profissionalizante em horário diverso, e sendo assim, o preso que trabalhar e estudar regularmente e com atendimento à carga horária diária que a lei reclama para o trabalho e estudo, poderá, a cada 3 (três) dias, reduzir 2 (dois) dias de sua pena

A LEP trouxe uma notável previsão visando à ressocialização através do aprimoramento cultural expressa no § 5º do art. 126, nos seguintes termos: “O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.”

Nesse sentido, há também a Resolução nº 391 de 10/05/2021 do CNJ, a qual insere a leitura como forma de remição, sendo que para cada obra lida corresponderá a remição de 4 (quatro) dias de pena, limitando-se, no prazo de 12 (doze) meses, a até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas e assegurando-se a possibilidade de remir até 48 (quarenta e oito) dias a cada período de 12 (doze) meses.

Ainda, o interno que provocar com dolo acidente de trabalho não terá direito a continuidade do benefício da remição e também responderá a procedimento disciplinar para apuração a falta grave, contudo, o preso que se acidenta, mesmo que por causa diversa, no curso do estudo ou do trabalho poderá continuar remindo pena conforme a inclusão da Lei 12.433/11, desta forma não haverá suspensão do período em razão de seu afastamento.

Diante dessas breves considerações, observa-se que a legislação não teve como objetivo dificultar a situação do apenado, muito pelo contrário, haja vista que inseriu mecanismos para facilitar a reinserção no mercado de trabalho ou oferecendo estudo, tanto que não trouxe muitas regras ou impôs restrições, sendo necessário apenas os registros das horas empenhadas. Ainda, o tempo remido será computado como tempo de pena já cumprida, ou seja, aumentando os benefícios em todas as esferas e efeitos da pena.

Dessa forma, o principal benefício das atividades de remição é a antecipação da data da progressão de regime, uma vez que no caso do reconhecimento do referido instituto haverá novo cálculo de pena feito pelo juiz, e este deverá considerar o período de remição como pena cumprida, como manda o artigo 128, da LEP. Logo, se a pena cumprida aumenta, a data de progressão de regime é antecipada.

### 3. DAS CONSEQUÊNCIAS DO ART. 129 DA LEP

Um dos maiores desafios no sistema penitenciário do estado do Amazonas é o descumprimento do art. 129 da Lei de Execução Penal, cuja redação dispõe que:

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

Nessa mesma linha, o Código da Organização e Divisão Judiciária do Estado do Amazonas (Lei Complementar n.º 17, de 23 de janeiro de

1997, do Estado do Amazonas) atribui aos Juízes da Vara de Execução Penal:

Art. 160 - Aos Juízes da Vara de Execução Penal, compete: (...) VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

Art. 160. § 9.º Compete à 1.ª Vara de Execução Penal da Comarca de Manaus dar cumprimento às penas privativas de liberdade no regime fechado, ainda que provisoriamente, bem como julgar os incidentes elencados nos incisos do art. 160, no que couber, e, especificamente: (Redação dada pela LEI COMPLEMENTAR N. 212, DE 12 DE MAIO DE 2021).

Ocorre que, esta obrigação é muito descumprida pelas autoridades administrativas das unidades penitenciárias de Manaus, deixando de cumprirem as requisições da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ou então expressamente negam o fornecimento da informação requisitada, causando diversos prejuízos à pessoa privada de liberdade, sendo o principal deles, o atraso na antecipação da data de progressão de regime, tendo como consequência a prisão por tempo superior ao devido.

Nesse contexto, o artigo art. 5º, inciso LXXV da CF/88 dispõe que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. A primeira parte do dispositivo assegura a indenização, limitando-a à efetiva condenação do acusado pelo Judiciário. A segunda parte se refere à responsabilidade do Estado e consequente indenização devida nos casos em que a prisão imposta na sentença exceda o prazo de sua duração.

Dessa forma, o descumprimento do art. 129 da Lei de Execução Penal se insere na segunda parte do artigo supracitado, uma vez que a ausência do envio, para o juízo de execução penal, as cópias dos registros de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, gera atraso na concessão das remições, sendo comum o preenchimento do requisito objetivo para a progressão de regime, sem a homologação das

remições realizadas pelo apenado, constatando-se a violação do dispositivo constitucional mencionado, motivo pelo qual é cabível a responsabilidade civil do Estado em tais casos.

Ademais, configura-se, ainda, o desafio de garantir que, sob o discurso da economicidade, o Estado não se escuse de cumprir os direitos e garantias previstos na Lei de Execução Penal. Infelizmente, como já foi reconhecido pelo STF, “o estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro (ADPF nº 347) evidencia, de modo geral, que as políticas que visam assegurar as garantias e direitos das pessoas privadas de liberdade estão muito aquém do que dispõe a norma.

Sabe-se, por exemplo, que a ocupação de estabelecimentos penais para além da sua capacidade é a regra no país. Segundo dados mais recentes do Relatório de Informações Penitenciárias – o Infopen (2019), a taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais no Brasil é de 1,71. Assim, a permanência da pessoa privada de liberdade por tempo além do fixado, além de ferir direitos fundamentais, em nada interessa para os cofres públicos, uma vez que viola o princípio da eficiência e economicidade do art. 37 da Constituição da República, já que a pessoa presa custa em torno de R\$ 3.500,00 por mês.

O descumprimento do art. 129 da LEP traz consequências não só para os condenados, como também para a sociedade, tendo em vista que a inobservância de tal dispositivo desestimula a prática das atividades de remição, gerando um grande impacto na ressocialização da pessoa privada de liberdade, ou seja, a punição aplicada pelo Estado deixa de fazer sentido se a execução penal não for corretamente aplicada no ordenamento jurídico, sendo que, deve-se punir o réu, sem que sejam feridas suas garantias constitucionais.

Nessa seara, toda a atividade do Estado encontra-se vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque se impõe como premissa o dever de respeito e de proteção ao homem, tendo como característica a obrigação estatal de abster-se de ingerências individuais, mas coletivas, bem como no seu dever de proteger, dar condições de vida digna, dar condições do preso trabalhar e estudar, praticando tarefas diárias para saírem da ociosidade, uma tarefa não tão complicada assim, basta o poder público querer.

Em contrapartida, a administração do sistema carcerário não aparece muito na mídia, portanto, é mais fácil deixá-los amontoados e ociosos, de modo que gera um desconforto e a criação de mentes vazias que só pensam em sair das unidades prisionais e voltar para a vida que os levaram para aquele lugar.

Sobre o tema, esclarece Luiz Flavio Gomes:

O crescimento no número de presos no Brasil é espantoso. Na última década (2003/2012), houve um aumento de 78% no montante de encarcerados do país. Se considerados os últimos 23 anos (1990/2012), o crescimento chega a 511%, sendo que no mesmo período toda a população nacional aumentou apenas 30% (GOMES, 2018).

O jurista sustenta que o sistema carcerário atual acaba por configurar ao apenado dupla penalização, haja vista que além de sofrer os impactos da pena privativa de liberdade, também o expõe a situação degradantes, precárias e ainda desumanas, de modo a ferir sua integridade física e mental. Ou seja, é desta maneira que um problema gera outro impasse, pois a superlotação atinge diretamente a qualidade de vida da pessoa privada de liberdade. Assim, embora exista a limitação de direitos, não pode o condenado ser privado de suas garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal de 1988.

Assim, com o intuito de organizar e regular a maneira como são aplicadas as punições, a LEP traz em seu texto legal condições que facilitem a reintegração do preso à sociedade, a fim de que saiam da posição de condenado de um mero objeto da execução penal e possam pagar pelos seus atos e retornar ao convívio social.

Nesse contexto, a lei supracitada inicia sua redação exibindo o grande objetivo do cumprimento da pena, conforme dispõe o artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Deste modo, extrai-se que há uma dupla finalidade: dar cumprimento na pena em caráter humanitário e reinserir o condenado na sociedade, a fim de que se evite a reincidência.



Nessa linha, leciona Bitencourt:

A **Lei de Execução Penal (LEP)**, já em seu art. 1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Federal (BITENCOURT, 2012, p. 130).

Logo, observa-se que é papel do Estado tomar medidas didáticas e ressocializadoras que possuam o condão de oferecer à pessoa privada de liberdade orientações e condições humanas, e não apenas o encarceramento, a fim de proporcionar condições de reintegração à sociedade, amenizando os índices de reincidência e, conseqüentemente, civilizando o preso através de capacitação profissional, atendimento psicológico, educação e amparo social.

Um indivíduo é condenado à prisão em decorrência da prática de ato ilícito que contraria as normas legais, através do julgamento feito pela sociedade de quem cometeu um crime. Tal atitude pretende afastar o acusado do convívio social a fim de proteger a coletividade de crimes novos e proporcionar oportunidade ao condenado de corrigir-se. Assim, é através da progressão que o indivíduo consegue, gradativamente, se readaptar ao âmbito social, de modo que sustenta Odete Oliveira que “os caminhos estão abertos. Pois, não pode a pena de prisão, apenas excluir o condenado da sociedade, mas, sobretudo, buscar em sua exclusão caminhos para ressocializá-lo, através do trabalho e da educação, por exemplo” (OLIVEIRA, 2003).

Nesse sentido, a referida autora acrescenta que a remição é uma forma de estimular e premiar o condenado para que ocupe seu tempo com uma atividade produtiva, sendo o principal instrumento de ressocialização e de preparação do apenado para que, quando termine de cumprir sua pena, possa ter menos dificuldades de ingressar no mercado de trabalho, bem como, sirva de estímulo também para que ele não volte a delinquir novamente, diminuindo assim o número de presos reincidentes.

A verdade é que o instrumento da remição como forma de ressocialização é o modelo mais eficaz e com de fato efetividade, que apesar de parecerem palavras semelhantes, tem o significado diferente, pois o eficaz é tudo aquilo que pode se produzir em condições normais, pode, não quer dizer que irá ou fará.

Enquanto a efetividade já está acontecendo, já é real. E o que já está acontecendo são medidas deficientes, visto que a inércia da autoridade administrativa em encaminhar as remições ao juízo de execução revela um descaso com os presos e com a sociedade, a quem nada interessa a reinserção de uma pessoa exatamente igual à forma de como entrou no sistema prisional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo trazer algumas falhas existentes no sistema de execução penal no âmbito do estado do Amazonas, principalmente em relação à ausência de informação mensal ao juízo das execuções penais as remições realizadas pelos condenados, além de diversas violações aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, as quais impactam diretamente na qualidade de vida dos apenados, até o alcance da data para progressão de regime, sendo esta direito subjetivo da pessoa privada de liberdade.

O condenado, como qualquer pessoa, embora influenciado por fatores sociais, conserva seu livre-arbítrio e, quando infringe as normas, deve receber proporcionalmente a pena pela infração causada. Proporcionalidade é o objetivo. A punição do interno ocorrerá na medida estrita fundamental para a custódia dos bens indispensáveis à coletividade, tais como: liberdade, vida e prosperidade. Nem menos, nem mais. A proteção em demasia torna-se o arbítrio do Estado em oposição ao indivíduo, à medida que a precariedade de custódia deixa a sociedade à mercê dos delinquentes, sendo preciso encontrar o equilíbrio entre esses dois limites.

Nesse sentido, a progressão é medida assecuratória. Quando é possível, pretende-se que o indivíduo busque uma análise profunda, a qual lhe provoque o senso de arrependimento e, conseqüentemente,

a mudança da postura frente à vida em sociedade. Tal fato, perante o sistema carcerário frustrante e desumano atual, não é possível, haja vista que sentimentos maiores são provocados no preso e a chance de voltar a delinquir é muito maior, prejudicando a sociedade e a si mesmo. Portanto, deve ser propiciada ao indivíduo ao menos a sensação de oportunidade, adquirida quando se passa por regimes gravosos até regimes mais brandos.

Assim, insere-se o instituto da remição de pena privativa de liberdade, sendo, em muitos casos, a única alternativa para antecipar a data de progressão de regime. Este trabalho trouxe a problemática desse instituto, a qual se encontra no descumprimento do dever de a autoridade policial informar ao juízo as remições realizadas pelos apenados, impactando diretamente da data de progressão de regime, sendo que, em tese, já teria sido alcançada se as remições já estivessem homologadas pelo juízo.

A principal consequência é a privação da liberdade de pessoas por tempo além do tempo previsto, isto é, violação do art. 5º, inciso LXXV, da CF/88, do princípio da eficiência e economicidade, como também acaba desestimulando os internos a participarem de projetos de remição, restando prejudicada sua ressocialização e o futuro reingresso na sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Rhayner Dantas de. **Lei de Execução Penal: A Remição Como Forma de Ressocialização**. João Pessoa, 2018.
- BARROS, João Antônio Ramos de **A remição da pena e a ressocialização do condenado**. João Antônio Ramos de Barros – Assis, 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 100.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. V. 1. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei de execução Penal. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/ptbr/sis-depen>. Acesso em: 20/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347. 09 de setembro de 2015. Jurisprudência em Tese, STJ – Remição de Pena**. Edição nº 12. Brasília, 14 de maio de 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. 09 de setembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 79

CASTRO, Caio Felipe Cavalcante Catarcione de. **A ADPF 347 e o estado de coisas inconstitucionais no sistema penitenciário: a necessidade de superação da cultura do encarceramento nas prisões preventivas**. 2016. 90 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Controle Social) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

CNJ. **Resolução Nº 391**, DJe/CNJ nº 120/2021, de 11 de maio de 2021, p. 2-5.

DALFOVO, Michael Samir; LANA, Rogério Adilson; SILVEIRA, Amélia. Métodos quantitativos e qualitativos: um resgate teórico.

- Revista interdisciplinar científica aplicada**, 15 Blumenau, v. 2, n. 4, p. 01-13, sem II. 2008.
- DIDIER, Fredie *apud* QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. **Princípios constitucionais na execução penal. Leituras Complementares de Execução Penal**. São Paulo, p. 37.
- GOMES, Luiz Flávio (org.). **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Luís Flávio. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flaviogomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>. Acesso em: 30/05/2021.
- OLIVEIRA, Odete M. **Prisão: um paradoxo social**. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>. Acesso em: 27 out. 2021.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- STOCO, Ruy. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



# **ARTIGOS - DIREITO PROCESSUAL**





# ANÁLISE DO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 22.114/SP E A GARANTIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES DO ACESSO À JUSTIÇA: COMBATE AO MACHISMO ESTRUTURAL

*Tiago Romano*<sup>61</sup>

## INTRODUÇÃO

Escolhemos esse tema e julgado, uma vez que o núcleo central dessa decisão, que será objeto do nosso estudo, aborda uma legislação de processo civil brasileiro que garante o direito à mulher de interpor ações

---

61 Advogado. Autor de livros e artigos jurídicos. Coordenador da Pós-graduação EAD em Direito da Universidade de Araraquara (SP) – UNIARA. Professor de Prática Jurídica da mesma Instituição. Pós-graduado em nível de especialização pela UNESP. Doutorando pela Universidade de Buenos Aires na área de concentração de Direito Constitucional.

referente ao seu estado civil de casada ou unida estavelmente no seu domicílio em prejuízo do domicílio do marido.

Nesse viés, caso a mulher queira se divorciar ou dissolver a união estável, e seu marido ou companheiro já reside em outra cidade ou, se houver a necessidade de discutir judicialmente sobre a guarda dos filhos, pensão, guarda etc., não é preciso se deslocar até a cidade do marido, ex-marido ou companheiro para propositura da demanda, podendo ser interposta na cidade onde reside a mulher.

O tema gera interesse, eis que visa garantir o direito à igualdade e isonomia entre homem e mulher, pois estas necessitam de políticas públicas para contrabalançar a desigualdade social e econômica milenar que sempre maculou a própria formação da mulher no Brasil e na América Latina.

O julgado mostra a realidade vivida pelo gênero feminino frente a um machismo estrutural que visa, a todo custo, macular as políticas públicas legislativas voltadas à garantia da igualdade e da isonomia entre homens e mulheres.

No presente caso, a tela de fundo do homem (esposo) era de caráter dúplice: anular a política pública voltada à mulher e impossibilitar o seu acesso constitucional à justiça.

É notório salientar que a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), preceitua em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil – formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal – constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e como um de seus fundamentos principais, encontra-se a dignidade humana.

Essa premissa constitucional da dignidade humana é garantida ao cidadão brasileiro ou estrangeiro, independentemente de: cor, raça, credo, convicção política ou opção sexual. Em anuência à Magna Carta, Rabinovich-Berkman (2013, p. 158) sustenta que dignidade humana se trata de uma construção valiosa e corajosa “erguida com sangue e coragem” mediante a dor sofrida por milhares de pessoas vitimadas, para garantia de sobrevivência da espécie humana durante milênios, para a certeza de que justamente a humanidade não venha a sucumbir e outros não precisem sofrer as mesmas dores.

Como forma de garantir a dignidade humana, a Constituição Cidadã brasileira garantiu, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, disciplinando, portanto, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (ACQUAVIVA, 2003, p. 40). Esse é o verdadeiro sentido da política pública voltada à mulher: a necessidade de igualdade e isonomia com o homem.

Para Mello (1997, p. 10), o objetivo do princípio da igualdade é extinguir privilégios e proporcionar garantia individual contra possíveis perseguições. Cumpre lembrar que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas sim instrumento regulador da vida social, sendo assim necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

Aliás, a própria Constituição Federal do Brasil reza que todos são iguais perante a lei, cabendo ao Estado criar mecanismos capazes de garantir que os iguais sejam tratados de forma igual, e os desiguais, de forma desigual; justamente para que haja igualdade.

Portanto, estando – como veremos a seguir – a mulher em estado de desigualdade com o homem, deve ser tratada de forma desigual, cabendo ao Estado, justamente, por força constitucional, criar mecanismos não de privilégios (como é o entendimento misógino), e sim de garantias das quais o gênero feminino demandará em juízo – por exemplo – em pé de igualdade com os homens.

Bandeira de Mello (1984, p. 60) sustenta que, pelo princípio da igualdade, surge o princípio da isonomia e que a quebra da isonomia só se justifica em situações nas quais claramente a igualdade não se justifica. E podemos, de modo indubitável, visualizar essa situação no caso em análise: a desigualdade social histórica entre homem e mulher.

Segundo Matos e Gitahy (2007, p. 76), antes da colonização brasileira, as relações entre os sexos eram delimitadas pelo machismo. Porém, o número de mulheres era bem menor que o de homens. As africanas eram compradas e vendidas em pequena quantidade, pois os comerciantes preferiam negociar os escravos homens, por serem fisicamente mais fortes. Ademais, sabe-se que colonizadores costumavam abusar sexualmente de suas escravas, para satisfação pessoal. Africanas estas que já eram violadas em seus próprios países. Rabinovich-Berkman (2013, p. 138) comenta que as mulheres senegalesas eram submetidas a violências

sexuais, mediante a extração dos lábios vaginais, uma forma clara de violência física e sexual contra as mulheres, com o intuito de deixar sequelas não somente em seu corpo, mas principalmente em seu psicológico.

Ainda, no ensinamento de Matos e Gitahy (2007, p. 76) o destino das mulheres brancas no Brasil era ser mãe de famílias de elite da colônia. Isso fez com que as mulheres brasileiras dessa época fossem dependentes de seus maridos ou pais. Ressalta-se que o grau de dependência variava conforme a raça e a situação social de cada uma.

Nesse viés, frisa-se que o vocábulo família é derivado do latim e significa servo, criado ou doméstico. Assim, a família patriarcal direcionava a obediência à figura do genitor, de forma absoluta. Esse tipo familiar, predominantemente no Brasil-Colônia até início do século passado, era composto por um número maior de pessoas, caracterizando um verdadeiro clã, em que todos os membros eram submetidos, indiscutivelmente, ao temido chefe absoluto da família patriarca, o qual era sempre a figura masculina, desse modo o poder de decisão era exclusivo dos homens.

Sendo assim, constata-se que a família patriarcal era o mundo masculino por excelência. As filhas solteiras dependiam dos pais e, quando casadas, herdavam a dependência em relação aos maridos. As mulheres não tinham liberdade, muito menos direitos e não podiam manifestar sua vontade própria, pois esta era sempre condicionada à censura masculina. Ademais, o patriarca era o grande senhor proprietário de vastas terras, nas quais todos trabalhavam e obedeciam ao dono das terras. Torna-se evidente, portanto, que à mulher cabia apenas a supervisão dos trabalhos domésticos. Além disso, os casamentos atendiam aos interesses das famílias, por essa razão eram comuns ocorrerem entre os parentes, a fim de preservar a unidade familiar e manter indivisível o patrimônio da família. Até meados do século XIX, a casa-grande era o modelo perfeito do fechamento do mundo patriarca. Com os novos tempos, o grande senhor se muda para a cidade com a sua família. Nos primeiros anos da República, o sistema patriarcal iniciou seu processo de decadência, em função das cidades, das novas profissões, do comércio e das indústrias.

As Ordenações Filipinas regeram, segundo Matos e Gitahy (2007, p. 76) o Direito Civil brasileiro até as primeiras décadas da República.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), à sombra do patriarcado, afirmava que as mulheres casadas eram incapazes de exercer certos atos e, ao marido, cabia a representação legal da família.

A propósito, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) disciplinava um ordenamento jurídico esculpido no sistema patriarcal, consubstanciado no século passado. A título de exemplo, disciplinava que todo homem era capaz de direitos e obrigações na ordem civil e, ainda, a personalidade civil do homem começava do nascimento com vida. Era nítida, portanto, a discriminação da mulher na sociedade patriarcal brasileira.

E, com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, foram estabelecidas, pelo legislador, normas incompatíveis com o arcaico Código Civil de 1916, uma vez que as ideias democráticas e cidadãs da Magna Carta se sobrepujam aos pensamentos individualistas, até então constantes no dispositivo legal do início do século XX. É fato que o senso comum pedia um sistema jurídico voltado ao bem-estar de todos, culturalmente evoluído.

Já em 1968, uma equipe de juristas iniciou as reformas do Código Civil, o qual foi acolhido em 1975, em seguida tramitou no Congresso Nacional até o ano de 2001, quando foi aprovado e, em 10 de janeiro de 2002 foi instituído, sob a Lei nº 10.406/2002, O novo Código Civil brasileiro, como foi chamado pela comunidade jurídica. O novo Código trouxe importantes mudanças ao regramento jurídico das mulheres; aproveitando o exemplo passado, alterando o antigo conceito de capacidade civil e personalidade, trocou a palavra “homem” pela palavra “pessoa”, dando abrangência não somente ao gênero masculino, mas também ao feminino, além de inúmeros outros direitos responsáveis pela garantia da igualdade entre homens e mulheres.

Uma importante alteração também que deve ser destacada refere-se à definição de “pátrio poder” este, como já mencionado neste artigo, era exercido apenas pela figura masculina, entretanto, pela definição contemporânea de “poder familiar”, o comando da família passou a ser exercido igualmente entre o pai e a mãe e, a sociedade conjugal, por sua vez, passou a ser conduzida a “duas mãos”, isto é, com poderes iguais entre os cônjuges.

Enfim, o novo Código Civil brasileiro acolheu, na totalidade, os direitos de igualdade entre homens e mulheres previstos na Constituição Federal, abandonando o modelo patriarcal e, ao menos no papel, houve a extinção da figura masculina como chefe supremo da família, a fim de resgatar a mulher de sua antiga condição de submissão e inferioridade, garantindo dignidade humana ao gênero feminino.

Com isso, percebe-se que o ranço da dependência e subordinação da mulher a impedia de ter dignidade humana, resquício este que, infelizmente, perdura até os dias atuais, visto que a sociedade, ainda machista, enxerga a mulher apenas como peça de um tabuleiro de jogo, no qual se limita a cuidar dos afazeres domésticos.

Por essa razão é, que mesmo em tempos modernos, esse estigma ainda persiste e, muitos homens machistas, até então, visualizam a figura feminina com os olhares do passado conservador e preconceituoso, e não conseguem conviver com o sexo oposto sem manifestar uma falsa condição de superioridade, fato gerador da violência moral, psíquica, física e sexual com suas companheiras e esposas.

Então, cabe ao Estado criar ferramentas positivas de proteção à mulher e, ao Poder Judiciário, garantir essa aplicação, não caracterizando privilégio, desigualdade ou falta de isonomia à criação de leis que visem igualar homens e mulheres. Diante da introdução ora analisada, que homens e mulheres encontram-se em pé de desigualdade, é preciso de um sistema de freio e contrapeso para igualar as condições pessoais das mulheres. O Estado moderno, na doutrina de Ferreyra (p. 42/43), constitui-se de um sistema social que estabelece uma centralização de força na qual cabe ao Estado mediante o uso de força, garantir a paz social e o cumprimento das leis.

Uma dessas políticas públicas positivas de igualdade e inclusão se caracterizam exatamente como a criação da lei processual civil que garante à mulher o direito de demandar judicialmente contra seu ex-marido ou companheiro em sua cidade em prejuízo da cidade onde o homem atualmente resida.

## 1. ANÁLISE DO JULGADO PROPRIAMENTE DITO

O acórdão objeto do estudo é o recurso extraordinário nº 227.114/SP (cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Relator Ministro Joa-

quim Barbosa, j. 22.11.2011, 2011, in <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>). O julgado propriamente dito é riquíssimo na abordagem do machismo e preconceito contra a mulher, fato este histórico como visto na introdução.

O homem, ao discutir sua separação judicial, já residente em cidade diversa da mulher, questionou que seria inconstitucional o texto legal do Código de Processo Civil, até então vigente, que concedia garantia da mulher em interpor a ação em seu domicílio, ou seja, na cidade em que residia.

Frisa-se que o Código de Processo Civil, vigente em 2011, era a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 e, em 2016, entrou em vigor outro Código de Processo Civil, de nº 13.105, de 16 de março de 2015. Enfim, como não estamos tratando de vigência de lei e sim, sendo o núcleo central a proteção à mulher devido à desigualdade entre os gêneros, referida alteração não prejudica a análise. A observação torna-se necessária, apenas para que nosso leitor possa se situar no marco legal, embora reitera-se não é fator determinante ao marco bibliográfico que permanece intacto.

A suposta violação ao princípio da isonomia e igualdade realmente não ocorreu, pois, conforme dito o princípio da isonomia e da igualdade não foi violado, pois foi dado tratamento diferenciado entre homem e mulher, pela diferença histórica existente entre homens e mulheres.

O relator do recurso extraordinário, ministro Joaquim Barbosa, ao negar a inconstitucionalidade da proteção legal, fundamentou bem sua posição, justamente dizendo que a CF/88 teve por ideal – dentre outros – garantir a proteção integral da mulher, garantindo políticas públicas na defesa e proteção do gênero feminino, logo, justificada estaria a prerrogativa de foro da mulher (a cidade onde residia).

O relator cita um renomado autor brasileiro em seu voto, o qual sustentou que era pacífico o entendimento de que as questões ligadas ao tratamento diferenciado entre homem e mulher nas ações que versavam sobre casamento e, por conseguinte lógica, sobre a união estável, por si só não violavam os princípios da igualdade e isonomia, sustentando ainda que referida posição doutrinária era de 1990 e a Constituição Federal do Brasil sendo de 1988, logo de início se afastou essa argumentação.

Mas como se percebe – sendo o julgado de 2011 – os homens ainda usam essa tese machista como suporte para menosprezar e diminuir as conquistas de direitos das mulheres. Vide:

não se compadece com o princípio constitucional igualitário a preservação da condição de igualdade dos cônjuges quanto à titularidade dos direitos e obrigações que dimanam do casamento, com uma diversidade de tratamento quando se cuida da tutela jurídica desses mesmos direitos assim outorgados. Não mais prevalece o foro privilegiado da mulher casada, a que se refere o art. 100, I, do Código de Processo Civil; a não aceitar-se esta assertiva, estar-se-á afirmando a simples validade formal do princípio da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, em total desconformidade com a realidade social brasileira (CAHALI, 1990, p. 173).

O questionamento tem natureza dúplice, a nosso ver, eis que, além de se inconformar contra uma política pública voltada à mulher, usa uma tese já ultrapassada, com o claro intuito de prejudicar o acesso à justiça por parte daquela. A agressão é dupla. E mais, não atinge só a mulher, e sim toda a coletividade. Entendemos que, quando uma política pública é violada, toda a sociedade é lesada, e não somente as pessoas destinatárias da norma jurídica. O descumprimento de uma norma gera como vítima toda a coletividade em geral de forma subjetiva, e não somente o ator passivo que, efetivamente, sofreu a lesão de forma objetiva.

Sustentou ainda o relator, com muita propriedade, que a norma visa proteger a figura da mulher a qual poderia ainda estar em situação frágil e privada de condições financeiras de se deslocar até outra cidade, sustentando que a norma legal garante, com maestria, o cumprimento do princípio da igualdade, tratando de forma desigual os desiguais (mulher e homem):

[...] feitas essas considerações, acredito que não assiste razão ao recorrente. Em outras palavras, entendo que o inciso I do artigo 100 do CPC não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Em primeiro lugar porque não se trata de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma



que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente. A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Por fim, há esclarecimento que se a mulher detivesse condições econômicas ou estivesse em situação de igualdade, poderia ser discutida a legitimidade de postular a prerrogativa de foro, deixando claro que a medida não visa privilegiar a mulher em detrimento do homem, e sim preservar o gênero feminino que se presume vulnerável ao final do casamento ou união. Há diferença entre privilégio (favor) e prerrogativa (direito constituído).

No mais, as demais discussões são processuais; portanto, não guardam interesse referente ao núcleo central, ao qual é desnecessário tecer comentários.

## 2. DESIGUALDADE DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Pode parecer impertinente esse estudo no presente artigo de análise de jurisprudência, mas podemos explicar a relação prática. Na verdade, pode parecer até algo mínimo, mas a mulher até para demandar em juízo, ou seja, acessar a justiça – garantia constitucional de qualquer cidadão em um Estado Democrático de Direito – encontra dificuldade, pois após a separação do homem, cai a mulher em um estado de extrema penumbra econômica e às vezes sequer tem condições de contratar um advogado e pagar as custas judiciais.

Fora a violência econômica, muitas vezes o homem priva a mulher de acessar contas bancárias, investimentos, deixando, literalmente, como dizemos no Brasil, “apenas com a roupa do corpo”. Essa violência econômica visa forçar uma reconciliação ou mesmo uma humilhação

pela sua condição de mulher, principalmente se esta era cuidadora da casa e não realizava trabalho remunerado. Por essa razão, o simples ato de poder entrar com uma ação em sua cidade, onde tem seus familiares, amigos e circuito de amizades sociais, é nítido que possibilitará ao gênero feminino contratar um advogado, ir até ao fórum local, contratar um psicólogo etc.

Certo que em uma cidade vizinha ou até em outro Estado não terá essa condição, portanto, o estado de miserabilidade da mulher é fator condicional que precisa ser protegido sim pelo núcleo central do estudo que é a sua proteção ao acesso à justiça.

Em anexo ao relatório (voto) do ministro, segue também um voto apartado do ministro Ayres Britto e concordando com o voto do relator, entendeu por bem, além de concordar (acompanhar o voto do relator na acepção técnica), tecer alguns comentários sobre o assunto. E referidos comentários são importantes na nossa análise, posto que fala que a norma em questão visa proteger a mulher e fazer sua inclusão e integração à comunidade, reconhecendo sua fragilidade econômica e social, principalmente após a dissolução do casamento, ocasião em que seu reingresso ou ingresso e sobrevivência no mercado de trabalho é difícil frente à competição com um homem:

[...] no artigo 7º, a Constituição prossegue no seu propósito de conferir um tratamento diferenciado à mulher, conferindo-lhe uma superioridade jurídica, exatamente como fórmula compensatória dessas desigualdades experimentadas historicamente. É por isso que se diz que o mercado de trabalho da mulher será objeto de proteção e incentivos específicos, nos termos da lei. Trata-se do inciso XX, do artigo 7º. Depois, no inciso XXX, desse mesmo artigo 7º, a Constituição proíbe diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil, porque sabemos também historicamente que o mercado de trabalho tende a desvalorizar a mão-de-obra feminina, embora se tratando de trabalho igual, factualmente igual com o trabalho masculino. E todos sabem a mulher se aposenta com cinco anos a menos de contribuição, cinco anos

a menos de idade. A Constituição, sentando praça desse constitucionalismo que eu tenho chamado de fraternal, mas que é um constitucionalismo, conforme dizem os italianos, altruístico ou solidário, como está no artigo 3º, inciso I. Os três momentos ou os três perfis do constitucionalismo ocidental, esses três perfis, estão magnificamente retratados no artigo 1º, como bem lembra-se Vossa Excelência, Ministro Celso de Mello, inciso I, construir uma sociedade livre, constitucionalismo liberal; justa, constitucionalismo social; solidária, constitucionalismo fraternal. É que nós temos esse vexo, esse defeito de confundir inclusão social com integração comunitária que são propósitos constitucionais diferenciados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Cita ainda que é função da Constituição Federal socorrer certos segmentos da sociedade que, historicamente, são desfavorecidos e vítimas de preconceitos, citando mulheres, índios, homossexuais etc.

Essa é a função da lei, pois quem precisa de proteção jurídica é quem está em vulnerabilidade, ou melhor, quem precisa de proteção é quem está em perigo, quem não o está, não precisa de proteção. É uma conclusão lógica. Essa ideia pode ser observada no magistério do professor Nino:

[...] una posible interpretación consiste en concebirlo como un enunciado **descriptivo**, según el cual los hombres son de hecho relevantemente iguales. Sin embargo, esta interpretación es poco atractiva, ya que como enunciado descriptivo el principio de que todos los hombres son iguales aparece como obviamente falso. Cualquiera sea la propiedad relevante que tomemos en cuenta, los hombres parecen diferir entre sí de un modo radical. La interpretación alternativa del principio reside en considerarlo como un enunciado **normativo** que prescribe que los hombres **deben** ser tratados igualmente. Sin embargo, con esta interpretación el principio parece ser también inaceptable, ya que todos admitiríamos que individuos con diferencias relevantes deben ser tratados, a ciertos efectos, en formas diferentes: los enfermos necesitan una atención médica que no requieren los sanos; los inválidos

necesitan que se les proporcione sillas de ruedas o prótesis; los más pobres necesitan que se les provea de medios de subsistencia que para los ricos son superfluos (2013, p. 411).

Enfim, voltando ao enfoque econômico, resta clara a subordinação da mulher ao homem, principalmente depois do término de um casamento.

Ronconi e Vita (2014, p. 34-35), em uma investigação acadêmica a respeito de inserção na vida acadêmica, sustentam em uma análise de várias correntes do princípio da igualdade que alguns grupos – e, no caso presente, sustentamos que é o grupo das mulheres – precisam de uma proteção especial para que seja garantida a igualdade. Seria o que chamaram as autoras de “igualdad integral: redistribución y reconocimiento”, em que alguns grupos (no caso as mulheres aqui analisadas) apresentam uma herança histórica de desigualdade de oportunidade e acesso, por conta de discriminação pela sua identidade.

Sustentam as autoras:

finalmente, podríamos pensar en una tercera manera de conceptualizar la igualdad que supere las dificultades de las distintas visiones que hemos presentado. Podríamos afirmar que las posturas analizadas anteriormente pierden de vista los casos en los que la desigualdad no proviene exclusivamente de una discriminación o de la diferencia de ingresos sino que se fundamenta en principios de identidad. En efecto, muchos problemas actuales de injusticia giran en torno al no reconocimiento de los derechos a grupos (nos referimos por ejemplo a los pueblos originarios en lo que respecta a la negación de su identidad, a las personas LGBTTT en lo que respecta al no reconocimiento de iguales derechos, etc.) (RONCONI; VITA, 2014, p. 34-35).

É o que se verifica no presente caso analisado: as mulheres, historicamente excluídas do mercado de trabalho, dos melhores salários, do acesso aos direitos etc. Esse grupo merece uma proteção jurídica específica, para contrabalancear a desigualdade. Seria uma redistribuição de direitos tendentes a afastar a desigualdade e, daí por

diante, o critério da meritocracia voltaria a agir, mas com a supressão da desigualdade de oportunidades. É o que os constitucionalistas chamam de sistema de contrapesos.

Sempre dissemos que não adianta uma pessoa ter capacidade e mérito para ingressar ao mercado de trabalho, se não tiver a oportunidade. A oportunidade deve ser igual a todo corpo da sociedade. Infelizmente, muitas mulheres capacitadas não ingressam no mercado de trabalho, por conta de falta de oportunidade, fruto do machismo estrutural, que priva a mulher de ter a oportunidade ao emprego, sempre sucumbindo perante o homem, pela sua simples condição de ser mulher.

Siqueira e Sampaio (2017, p. 289) sustentam que a desigualdade é compreendida como a ausência de proporção e equilíbrio; sinônimo de irregularidade, desproporção e, até mesmo, inferioridade. É penoso saber que em pleno século 21 e, após várias e incansáveis lutas pela sua inserção no mercado de trabalho, as mulheres ainda sofrem com o preconceito.

A professora Enriquéz (2015, p. 30), em importante artigo científico, justifica na introdução do seu estudo sobre a “economia feminina” que, na atualidade, além de ajudar a mão de obra feminina, pode ser um motor propulsor no mercado de trabalho:

la cuestión de la desigualdad es una preocupación relevante para visiones críticas y heterodoxas de la economía que contrastan con la mirada ortodoxa, concentrada centralmente en explicar el funcionamiento de los mercados, y con ello, la perfecta asignación de recursos económicos para una producción óptima. La economía feminista se ubica dentro de este conjunto de miradas alternativas y hace una contribución específica al explicar las raíces económicas de la desigualdad de género. Uno de los aspectos centrales de esta mirada refiere a la explicitación de la manera en que las sociedades resuelven la reproducción cotidiana de las personas y al rol que esto juega en el funcionamiento económico y en los determinantes de la desigualdad. Utiliza para esto el concepto de “economía del cuidado (ENRIQUÉZ, 2015, p. 30).

Entendemos que com as ideias da professora citada, a inserção da mão de obra feminina no mercado de trabalho e na economia gera um ganho duplo, seria uma ajuda mútua (mulher e mercado).

Enfim, podemos afirmar que a função do Estado é quebrar essa desigualdade entre homens e mulheres, essa é uma premissa incontestável.

### 3. NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER EM AÇÕES ESTATAIS AFIRMATIVAS

A tentativa de burla da conquista feminina de proteção ao gênero feminino e à prole que, quase a totalidade fica na guarda e cuidados da mulher, ocorre também pela falta de atuação e preenchimento dos cargos públicos e cargos de direção e chefia por conta das mulheres. Embora seja um movimento mundial do “empoderamento feminino”, percebe-se que as políticas públicas voltadas às mulheres são ignoradas e, frequentemente, combatidas.

A representação feminina em altos cargos e funções de poder, fatalmente, garantiria que políticas em auxílio ao gênero feminino poderiam ser criadas e cumpridas.

Na leitura do artigo da professora Esquebre (2014, p. 232/233), que aborda principalmente o esquecimento intelectual e produtivo da mulher, encontra-se uma informação importante: o hábito cultural do esquecimento intelectual e produtivo da mulher. Isso, ao nosso ver, é uma forma de violência e preconceito contra a mulher, seria uma forma de violência intelectual e econômica também. A ideia de privar a mulher de cargos importante e representativos visa a sua anulação, bem como a aniquilação de políticas públicas voltadas às mulheres. Sendo essa, então, uma das formas de autoritarismo, que são repudiadas pelos sistemas constitucionais democráticos e sociais:

[...] al respecto véase por ejemplo el Informe Mujeres y hombres en España, del INE de 2013. Este Informe refleja la poca presencia de mujeres en las esferas de toma de decisiones, es decir, en el ámbito del poder. Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico

y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015. Véase además el Informe Final de las consultas sobre la atención de las desigualdades, codirigidas por ONU Mujeres y UNICEF de 2013. En este reciente Informe se afirma que Aunque las mujeres representan la mitad de la humanidad, todavía les queda mucho para tener los mismos derechos, las mismas oportunidades y la misma participación y liderazgo que los hombres. Esta exclusión, esta discriminación y esta violencia basadas en el género son uno de los mayores obstáculos a los que nos enfrentamos para hacer avanzar un desarrollo sostenible (ESQUEM-BRE, 2014, p. 232-233).

E digamos mais, complementando a brilhante abordagem da professora, ousamos dizer que, mesmo com impactante representação, o machismo estrutural implantado na sociedade civil e transportado aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e às instituições governamentais e sociais, demorará décadas para ser eliminado, pois desde os bancos escolares nossas crianças são formadas com a cultura machista na qual a mulher tem que cuidar da casa e brincar de boneca, e o marido, cuidar do trabalho e prover a subsistência da casa. O menino brinca com um carro, e a mulher faz o almoço do marido; o menino faz um esporte de luta, e a mulher tem que usar um vestido e fazer uma aula de dança (sem qualquer desvalorização à arte da dança, sendo certo que, o questionamento é a customização de que a menina só pode fazer artes e esportes previamente definidos pela cultura machista).

A professora Vita (2022) nos trouxe em sala de aula, através de dados expostos em uma pesquisa efetuada com seu grupo de estudo, um quadro de sua autoria sobre a representação feminina nos congressos e assembleias legislativas do Brasil, Argentina, Colômbia, Kenya, Bolívia, Ecuador, Nepal, Túnez e Chile, que peço a licença para reproduzir na íntegra, pois exporta exatamente o que estamos ora discutindo:

**Figura 1: Porcentaje de mujeres integrando convenciones constituyentes.**

País	Año reforma	Mujeres/bancas totales	% mujeres	¿Cuota?
Argentina	1957	5/205	2,4	NO
Brasil	1988	26/559	4,6	NO
Colombia	1991	4/74	5	NO
Argentina	1994	80/305	26	SI
Kenya	2000	100/629	21	SI
Bolivia	2006	88/255	34,5	
Ecuador	2008	45/130	35	SI
Nepal	2008	197/601	33	SI
Túnez	2011	67/217	31	SI
Chile	2022	77/155	49,6%	PARIDAD

Percebe-se que, em quase todo o globo terrestre, a representação feminina é muito baixa, logo pergunta-se: como criar políticas positivas às mulheres e garantir a sua aplicação?

Na Suprema Corte argentina não temos nenhuma mulher, bem como no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, de onde capturamos o presente julgado analisado – de onze ministros, apenas duas são mulheres, o que por si só demonstra a desigualdade!

Thome (2012, p. 168) sustenta que o problema da igualdade de gênero encontra-se nas formas de distribuição do poder, que se materializam nos meios de chegar-se aos recursos materiais, econômicos e, até mesmo, culturais. Por conseguinte, a maior inserção das mulheres no poder de decisão, por meio de sua participação nas estruturas de poder, acarretaria, possivelmente, um novo posicionamento, tornando as mulheres sujeitos capazes de se posicionar de maneira diferente e de se redefinir.

O judiciário brasileiro está atento e, como pode ser visto na análise do julgado ora estudado, ao menos a política pública do acesso à justiça da mulher está garantida em sua cidade, como forma de garantir que defenderá sua condição e gênero feminino em pé de igualdade com o homem.



## CONCLUSÃO

Pela análise do julgado em questão percebe-se claramente o machismo estrutural, ao passo que a ideia do ator central da história narrada no presente ensaio é aniquilar as políticas públicas voltadas à proteção econômica e social da mulher de poder discutir sua separação ou dissolução de sociedade conjugal de forma justa e isonômica, bem como obter vantagem com isso, com a transferência de competência territorial do processo para sua nova residência.

Infelizmente, demorará décadas para superar essa desigualdade e, ao contrário do argumento do homem, o Estado e o Judiciário devem garantir políticas positivas para proteção de toda e qualquer forma de desigualdade entre os seres humanos, não caracterizando inconstitucionalidade dar tratamento desigual aos desiguais, para que justamente fiquem em pé de igualdade.

Concluimos que a mulher sofre muito com o fim da união conjugal e seu ingresso ou reingresso no mercado de trabalho é árduo e que políticas públicas voltadas às mulheres apenas serão efetivadas, quando a representação feminina na sociedade civil for maior, ocupando esse gênero, cargos eletivos nos poderes legislativos, executivos e também no judiciário.

Em suma, a humanidade apenas encontrará a felicidade plena e as ideias da igualdade, liberdade e fraternidade, quando souber reconhecer que todos são iguais e merecem o respeito acima de tudo como corolário da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Vadmercum universitário de direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, 1973.

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

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**, 1916.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**, 1988.

CAHALI, Yussef Said. O foro privilegiado da mulher casada diante do princípio da igualdade dos cônjuges. **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 09, 1990.

ENRÍQUEZ, Corina Rodríguez. Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdade. **Revista Nueva Sociedad**, nº 256, p. 30-44, marzo-abril 2015.

ESQUEMBRE, Mar. Derecho constitucional y género una propuesta epistémica metodológica. *In: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Estudios en homenaje a la Professora Julia Sevilla Merino. Corts Valencianes, V-556, 2014, p. 231-139.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Fundamentos constitucionales**. Buenos Aires: Ediar.

MATOS, M. L.; GITAHY, R. R. C. A Evolução dos Direitos da Mulher. **Colloquium humanarum**, Presidente Prudente, v. 04, n. 01, p. 74-90, jun. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Como se hicieron los derechos humanos? Volume I. Buenos Aires: Didot, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires – Bogotá: Astrea, 2013.

RONCONI, Liliana; VITA, Letícia. El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, año 10, nº 19, p. 31-62, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Sampaio, Ana Julia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da Discriminação de Gênero à Luta Pela Igualdade. **Revista Direito e debate**, ano XXVI, n° 48, p. 287-325, jul.-dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário nº 227.114/SP**, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 22.11.2011, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaAprsentacao>. Acesso em: 15. jun. 2022.

THOME, Candy Florencio. **O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2012.

VITA, Letícia. **Material de aula de Direito Constitucional**, do Programa de Doutorado Intensivo em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, módulo nº 03, área constitucional, em 13 jul. 2022.

# PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

*Alessandro Rabelo Ortins*<sup>62</sup>

*Ronaldo Alves Marinho da Silva*<sup>63</sup>

## INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, este que tem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, disciplinando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse princípio visa evitar arbitrariedades por parte do Estado, o qual não pode tratar um acusado imediatamente como culpado, sendo necessário que exista a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, após exaurida a discussão sobre autoria e materiali-

---

62 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes.

63 Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direitos Humanos/Unep e em Gestão em Segurança Pública/UFS. Professor Titular e Pesquisador da Universidade Tiradentes. Membro do Conselho Penitenciário do Estado e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe.

dade o então acusado pode ser considerado culpado. O questionamento a ser feito é: em qual momento o julgamento deve ser considerado definitivo para exigir o cumprimento da pena aplicada?

Em razão disso, esse princípio tem sido bastante debatido pelos Tribunais Superiores para definir quando é possível exigir o efetivo cumprimento da pena, evitando a procrastinação e a impunidade, sendo assim, tendo por base o exposto, torna-se de suma importância o aprofundamento do tema, buscando entender os fundamentos e as possíveis consequências da adoção do cumprimento da pena após a decisão definitiva proferida por um colegiado de segunda instância.

Destarte, o objetivo geral deste trabalho é compreender o princípio da presunção de inocência, seus contornos teóricos e sua importância. Em paralelo a isso, tem-se como objetivos específicos analisar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao momento da execução da pena, a partir da fundamentação dos votos dos ministros, a fim de avaliar as motivações e as consequências dessas mudanças de entendimento em razão do princípio da proteção suficiente.

Justifica-se este trabalho por se tratar de um tema bastante atual, relevante e que traz consigo uma polarização de grupos com diferentes ideais, buscando identificar e entender os fundamentos apontados nas decisões, os reflexos desses posicionamentos no ordenamento jurídico, dentro do respeito aos direitos humanos, bem como o embasamento científico para sustentar o entendimento.

Sendo assim, por ser um tema de interesse nacional, o qual atinge de forma direta e indireta milhares de pessoas, faz-se necessário analisar os principais julgados, os votos e o contexto que estava inserido o país naquele dado momento histórico.

A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho baseou-se na leitura de doutrinas, artigos, revistas científicas e jurisprudências, disponíveis tanto no ambiente digital, quanto em ambiente físico para coletar dados e informações sobre o assunto e embasar o entendimento. O método utilizado foi o dedutivo, que parte do geral, para o particular, através de pesquisa bibliográfica em banco de dados referenciados, na

doutrina e jurisprudência sobre o tema, analisando alguns julgados para se chegar a uma conclusão plausível.

## 2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

O princípio do estado de inocência, também conhecido como presunção de inocência, ou presunção da não culpabilidade, surgiu na *Magna Carta Libertatum*, de João Sem-Terra de 1215 e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (CAVALGANTE, 2017), que deixou registrado em seu art. 9º, que assim dispõe: “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei” (BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, USP, 2021).

Entretanto, o marco histórico de maior desenvolvimento e concretude desse princípio no cenário global se deu durante o século XX, em razão das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), haja vista ter gerado uma grave ruptura na compreensão até então sedimentada que ninguém poderia ser considerado culpado sem que antes houvesse um julgamento justo, no qual fosse obedecido o princípio fundamental da inocência, até prova em contrário (SILVA, 2018).

Sendo assim, tendo em vista os acontecimentos aterrorizantes no século mencionado, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948 (SILVA, 2018). Este importante marco histórico foi essencial para o surgimento de outras diversas normas internacionais que passaram a resguardar expressamente a garantia da presunção de inocência, como forma de respeito também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A exemplo disso, tem-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a qual foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na cidade de San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (SILVA, 2018),

esta que o Brasil é signatário e na qual dispõe expressamente em seu art. 8º, 2, primeira parte, que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL, 1992).

No ordenamento jurídico brasileiro, as Constituições que antecederam a atual Carta Magna não previam expressamente o princípio da presunção de inocência, muito embora tenham resguardado espaço específico aos direitos e garantias individuais e se limitado a formular que tais direitos e garantias não excluíssem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados (GIACOMOLLI, 2014, p. 91).

Dessa forma, tendo em vista, principalmente, a DUDH em 1948 e a aceitação dessa Declaração pelo Brasil, os direitos e garantias nela expressos, dentre os quais a presunção de inocência, passaram a influenciar mais a jurisprudência brasileira, mas não diretamente o ordenamento jurídico pátrio (SILVA, 2018).

Portanto, no processo histórico nacional, apesar de já receber influência de normas internacionais, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que tal princípio ganhou *status* de norma constitucional, ao ser introduzido de maneira expressa pelo constituinte originário (art. 5º, inciso LVII), o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

## 2.1 PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: COMO OS TRIBUNAIS SUPERIORES DECIDEM

A prisão em segunda instância tem sido objeto de muito debate no país, inclusive o STF mudou de entendimento algumas vezes a respeito do tema, dessa forma, entende-se que existem alguns limites que devem ser observados para aplicação definitiva da pena.

Sendo assim, por força do princípio da não culpabilidade, só será possível o cumprimento definitivo da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo, antes de transitar em julgado, o acusado ter sua liberdade cerceada por medidas cautelares, a exemplo da prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, entretanto, veda-se por determinação constitucional considerar alguém culpado e,

desde logo, executar a sua pena de caráter definitivo antes do trânsito em julgado.

Nesse tema afirma Guilherme de Souza Nucci que “inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal” (2015, p. 333)

Além disso, destaca o autor que o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, o qual merece respeito, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2015).

Logo, tem-se que o cumprimento provisório da pena se justifica quando há uma prisão preventiva mantida ou decretada pela sentença condenatória, em função da aplicação do instituto da detração penal, prevista no artigo 42 do Código Penal (CP), que estabelece que o tempo de prisão provisória deve ser computado ou subtraído do tempo da pena (CAVALGANTE, 2017).

Nesse sentido, destaca-se tal decisão:

O princípio constitucional de não culpabilidade do réu, fundado no art. 5.º, LVII, da Carta Política, não traduz obstáculo jurídico à imediata decretação da prisão, meramente processual, do acusado, desde que impregnada esta dos atributos da cautelaridade. Precedentes (HC 110529 – CE, 2.ª T., rel. Celso de Mello, 25.09.2012, v.u.).

Todavia, excetuada os casos cautelares, entende-se que existe um limite constitucional a ser observado, o qual determina o cumprimento de pena apenas após transitar em julgado a sentença penal condenatória, esse limite pode ser relativizado utilizando-se da mutação constitucional, instituto que permite ao STF atribuir um novo entendimento da Constituição Federal, mesmo não mudando o texto constitucional.

Dessa forma, tendo por base o exposto, passará a analisar a evolução das decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade ou não da execução provisória da pena no Brasil,



após condenação em segundo grau, bem como as mudanças de entendimento no decorrer dos anos, haja vista o STF ser o guardião da Constituição Federal

Inicialmente será apresentado o julgamento do *Habeas Corpus* 68.726 de 1991, de relatoria do Ministro José Néri da Silveira. Após isso, será apresentado o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, o qual foi julgado no ano de 2009. Em seguida o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocorrido em 2016.

Por fim, será explanado o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocorrido em 2019, entendimento vigente no período atual.

Sendo assim, a respeito do instituto, o Supremo Tribunal Federal por muitos anos manteve o mesmo entendimento. Segundo o qual a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível. Dessa forma, a execução provisória de pena privativa de liberdade era prevista na jurisprudência pelo julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, o STF, na ocasião, sedimentou tal entendimento e que pode ser percebido no seguinte julgado:

- Habeas corpus. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5., inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, aliás, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par-2. do artigo 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no “efeito devolutivo”. Habeas corpus indeferido (STF - HC: 68841 SP, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 24/09/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 11- 10-1991).

Entretanto, no dia 05 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo decidiu que o acusado só pode ser preso com o condão de cumprir sua pena depois da sentença penal condenatória transitada em julgado, decisão esta que interpretava a literalidade do princípio da presunção de inocência previsto no texto constitucional, determinando, dessa forma, que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução provisória da sentença, atentando-se para o fato de que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo. Entendimento esse evidenciado conforme relatoria do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau no HC 84.078/MG (BRASIL, 2009).

Ressalte-se que tal entendimento não interferia na situação das prisões temporárias, preventivas e em flagrante. Na ocasião, o Ministro relator sustentou que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão.

Menciona ainda que somente se pode apurar as singularidades de cada infração penal quando transitada em julgado a condenação de cada investigado, defendendo a ideia do amplo grau de jurisdição e o direito de defesa, devendo analisar caso a caso e somente considerar alguém como culpado após o trânsito em julgado.

Todavia, ao negar liminar no Habeas Corpus (HC) 126.292, em fevereiro de 2016, por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, o Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assestaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (BRASIL, 2016).

Desse modo, o STF passou a entender, novamente, que a prisão após o julgamento em segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência. O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que até ser confirmada a sentença penal em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Contudo, após esse momen-

to, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Afirmou em seu voto que “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016).

Entretanto, no dia 12 de novembro de 2019, o STF publicou os acórdãos das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, as quais visavam examinar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O julgamento conjunto, iniciado em outubro e finalizado em novembro de 2019, definiu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403/2011, ou seja, na decisão proferida, restabeleceu-se, mesmo que por maioria apertada, a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório, deixando-se explicitado que o artigo 283 do CPP não viola o texto constitucional (MOREIRA; SCHMITT, 2019).

Dessa forma, o atual entendimento é no sentido de só ser possível a prisão após esgotar todas as instâncias do judiciário, não sendo suficiente a condenação nas instâncias ordinárias para se iniciar o cumprimento de pena, entendimento esse sedimentado pelo julgamento das ADCs 43, 44 e 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

No julgamento em apreço, a Ministra Carmen Lúcia declinou no sentido de que a possibilidade da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não ofende o princípio da Presunção de Inocência, além disso, afirmou que a eficácia do Direito Penal se dá em razão da certeza do cumprimento das penas, sem essa certeza o que impera é a impunidade (BRASIL, 2019).

Em contrapartida, o Ministro Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, afirmou em seu voto que após a decisão do STF em 2016, a qual passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado, os Tribunais passaram a entender que o

procedimento seria automático e obrigatório. Segundo ele, a decretação automática da prisão sem que haja a devida especificação e individualização do caso concreto é uma distorção do que foi julgado pelo STF em 2016 (BRASIL, 2019).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, ressaltou que sua posição em favor do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a mesma há 30 anos, ou seja, desde que passou a integrar o STF, alegou ainda que a exigência do trânsito em julgado não impede a decretação da prisão cautelar em suas diversas modalidades (BRASIL, 2019).

O último a votar, o então presidente a época do julgado, o Ministro Dias Toffoli, alegou que a prisão com fundamento unicamente em condenação penal só pode ser decretada após esgotadas todas as possibilidades de recurso. Segundo ele, tal entendimento decorre da opção expressa do legislador e se mostra compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (BRASIL, 2019).

Para Dias Toffoli, a única exceção no ordenamento é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, de acordo com a Constituição, é soberano em suas decisões. Ele ainda ressaltou que a exigência do trânsito em julgado não levará à impunidade, pois o sistema judicial tem mecanismos para coibir abusos nos recursos com a finalidade única de obter a prescrição da pena (BRASIL, 2019). Ou seja, para o Ministro, o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos para combater os recursos meramente protelatórios e que visam o prolongamento da prisão ou até mesmo a prescrição da pena.

Dessa forma, entendeu-se pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, votando a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Foram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Vale ressaltar que antes do julgamento das ADCs mencionadas, o Brasil possuía aproximadamente 5 mil presos por condenação em segunda instância, segundo dados do CNJ, ou seja, cerca de 0,6% da população carcerária brasileira, estimada em 834 mil pessoas, segundo dados do BNMP (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões), que ainda aguardavam recursos nas instâncias superiores. Após o julgamento

das ADCs, inúmeros foram os pedidos de expedição de alvará de soltura, a exemplo do ex-presidente Lula e o ex-governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo (MOREIRA; SCHMITT, 2019).

### 3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Conforme foi demonstrando anteriormente, ficou clarividente que o atual entendimento vigente no ordenamento jurídico pátrio é no sentido de que não se admite a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, não sendo possível a prisão do acusado após a decisão em segunda instância, tendo por base o julgado recente das ADCs 43, 44 e 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Aury Lopes Júnior (2021, p. 38), ao analisar o HC 126.292, o qual permitia a execução provisória da pena, afirmou que “é temerário admitir que o STF possa “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação.”

Afirma ainda que:

O fato de a presunção de inocência perdurar até o trânsito em julgado não significa que ninguém possa ser preso antes disso. É perfeitamente possível prender em qualquer fase da investigação ou processo, e para isso existem as prisões cautelares, com seus requisitos, fundamentos e princípios, que coexistem com a presunção de inocência (2021, p. 38).

Com base nisso, preceitua Nucci (2015, p. 333) que “em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco”.

Dessa forma, com base nos julgados dos Tribunais Superiores, não se admite mais a prisão do acusado após o julgamento em segunda instância, estabelecendo-se o entendimento com base no que dispõe a Constituição Federal e o Código de Processo Penal na literalidade da norma.

### 3.1 CONCEITO, DESDOBRAMENTOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Sabe-se que os princípios desempenham um importante papel no ordenamento jurídico pátrio, para Miguel Reale (2013, p. 305): “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”

Já para Bobbio, quantos aos princípios gerais do Direito, preleciona serem eles “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. Logo, tem-se que os princípios possuem 3 funções, tais sejam: função integrativa, que consiste em complementar lacunas deixadas na legislação; função interpretativa, com o objetivo de auxiliar o intérprete da legislação; e por fim, função programática, para informar a linha de construção do sistema jurídico (GOMES, 2020).

Sendo assim, os princípios buscam orientar os juristas em análises aprofundadas do sistema judicial, contribuindo com a edição e aplicação das normas. Destarte, os princípios são de caráter fundamental e possuem como característica estruturar o sistema jurídico brasileiro (GOMES, 2020).

Portanto, o princípio da presunção da inocência tem sua devida importância no ordenamento jurídico, sendo base da democracia e do processo penal, encontrando-se apoiado nos valores da dignidade da pessoa humana e no direito de liberdade individual, os quais devem ser considerados em qualquer ação do Estado Democrático de Direito.

Tal princípio tem previsão expressa na Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, inciso LVII, o qual preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). O princípio da presunção de inocência tem previsão expressa no art. 283 do Código de Processo Penal também, o qual foi recentemente alterado pela Lei 13.964/2019, que agora dispõe da seguinte redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária com-

petente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 2019).

Em razão da sua previsão constitucional, bem como pela sua complexidade, o princípio da presunção de inocência irradia sua eficácia em três dimensões, quais sejam: norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento (LOPES JUNIOR, 2021, p. 39).

Quanto à norma de tratamento, tal princípio impõe um verdadeiro dever de tratamento, haja vista que exige que o réu seja tratado como inocente, atuando de forma interna e externa ao processo. Internamente, é a imposição ao juiz de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu (LOPES JUNIOR, 2021, p. 39).

Quanto à norma probatória, no processo penal, diferentemente do processo civil, não existe a distribuição de cargas probatórias, senão mera “atribuição” de carga ao acusador, de modo que a carga da prova é inteiramente do acusador, pois se o réu é inocente, não precisa provar nada. Sendo assim, no cumprimento de seu ônus probatório, a acusação deverá utilizar apenas de provas lícitas e voltadas a demonstrar a culpa do imputado e a materialidade da infração, em todos os seus aspectos (LOPES JUNIOR, 2021, p. 39).

Quanto à norma de julgamento, a presunção de inocência é uma norma para o juízo, diretamente relacionada à definição e observância do “*standard probatório*”, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório (LOPES JUNIOR, 2021, p. 39), ou seja, o princípio da presunção de inocência como norma de julgamento exige a concretização do *in dubio pro reo*, um verdadeiro critério pragmático de resolução de incerteza judicial.

Portanto, diante do exposto, fica claro que o princípio da presunção de inocência desempenha um papel fundamental no ordenamento jurídico, sendo norma obrigatória de observância por parte de um Estado Democrático de Direito, irradiando-se por diversas dimensões e ganhando uma enorme valoração no processo penal justo, respeitando-se o devido processo legal, o questionamento a ser feito é se essa

interpretação deve ser de caráter absoluto, ou se o princípio pode ser flexibilizado para entrar em equilíbrio com os demais princípios que como ele se relacionam, passando a entender que a presunção de inocência impera apenas até o julgamento pelas instâncias ordinárias, pois os tribunais superiores não poderiam servir como terceira ou quarta instância de julgamento, haja vista não se prestarem a analisar fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

## CONCLUSÃO

Destarte, tendo em vista o exposto, conclui-se que o entendimento atual do STF é no sentido de não ser permitido a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau, consubstanciado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio no ano de 2019. Entretanto, é importante ressaltar que no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi sustentado por ele que cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo, único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal, resgate essa sua inafastável função institucional, visando dar efetividade às decisões e evitando a impunidade.

Essa retomada da tradicional jurisprudência no ano de 2016, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário como, aliás, está previsto em textos normativos, é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Desse modo, não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Afirmou o relator que após a prolação do acórdão confirmado em sentença condenatória, exaure-se o princípio da presunção de inocência, ressaltando que os recursos cabíveis da decisão de 2º grau ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal não se prestam a apreciar fatos e provas, porém apenas matéria de direito. Logo, se o indivíduo for tratado como inocente até as instâncias ordinárias, não há



que se falar em arbitrariedades, haja vista ter que existir um equilíbrio entre o mencionado princípio e o princípio da efetividade da função jurisdicional penal, buscando atender o interesse não só do acusado, mas também da sociedade.

No julgamento mais recente, o Ministro Edson Fachin, que votou a favor da manutenção da execução provisória da pena, afirmou em seu voto que é «inviável sustentar que toda e qualquer prisão só pode ter seu cumprimento iniciado quando o último recurso, da última corte constitucional, tenha sido examinado». Na ocasião, alegou que o entendimento atual do Supremo está de acordo com o da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exige que uma condenação de primeiro grau passe por pelo menos o crivo de um segundo tribunal, em decisão colegiada.

Para ele, é necessário harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da duração razoável do processo, não atribuindo valor absoluto ao princípio da não culpabilidade, haja vista que os tribunais superiores não se devem prestar a uma terceira ou quarta instância para chegar à sanção criminal. Nesse sentido, o Ministro considera que, caso fosse dado caráter absoluto a presunção de inocência, a execução da pena só poderia acontecer quando o réu se conformasse com sua situação e deixasse de opor embargos declaratórios. Ou seja, afirma que a execução estaria condicionada à concordância do apenado, pois enquanto couber recursos, este não poderá ter sua pena provisoriamente executada.

Nesse tocante o Ministro Luís Roberto Barroso também votou a favor e afirmou que a mudança da interpretação do STF sobre o tema, em 2016, resultou na possibilidade real de punição por crimes e possibilitou delações. Segundo afirmou, as absolvições após condenações em segunda instância são irrisórias, abaixo de 1%.

Barroso, em seus argumentos, considera que a mudança de entendimento no STF, no julgamento do HC 126.292, pode ser justificada com a Mutação Constitucional. O Ministro, define de forma clara o que se entende por mutação constitucional: “Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto.”

Pondera ainda que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal, quais sejam: Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade beneficia sobretudo os réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação.

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena conduz massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

Alega ainda que a Constituição brasileira não condiciona a prisão, mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, conclui que o princípio da presunção de inocência deve ser harmonizado, de modo a não ter um caráter absoluto frente a outros princípios.

No julgamento mais recente o Ministro Alexandre de Moraes, alegou que o cumprimento da pena após condenação em segunda instância

não desrespeita o princípio constitucional da presunção da inocência. Enfatizou que nos 31 anos de vigência da Constituição, por 24 anos o STF autorizou a prisão após condenação em segundo grau.

Portanto, apesar do julgamento mais recente ter um entendimento de não ser possível executar a pena provisoriamente após condenação em segundo grau, entende-se que os argumentos trazidos pelos Ministros para permitir a prisão após decisão das instâncias ordinárias se mostram mais coerentes, pois, no ordenamento jurídico, não há princípio com valor absoluto, devendo haver um equilíbrio entre eles, de modo que, nesse caso, seja dada efetividade as decisões judiciais e que se evite recursos meramente protelatórios que buscam postergar a prisão, impedindo um sentimento de impunidade por parte da vítima e sociedade, retirando a credibilidade das decisões judiciais e enfraquecendo o Poder Judiciário.

Além disso, esse novo entendimento favorece muito as pessoas com maiores condições financeiras, pois contratam os melhores advogados e enchem o judiciário de recursos, fazendo com que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória demore muito, elasticando o período do cometimento do delito e a efetividade da condenação.

Em síntese, apesar do entendimento atual ser no sentido de que a execução da pena só será possível após o trânsito em julgado, com a devida vênia, declina-se de tal entendimento, entendendo ser mais coerente a execução provisória da pena após o julgamento em segundo grau pelos motivos já expostos.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Editora UnB. 1995, p. 158.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, USP. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: [encurtador.com.br/jlIJ5](http://encurtador.com.br/jlIJ5). Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [encurtador.com.br/inEU9](http://encurtador.com.br/inEU9). Acesso em: 21/08/2022.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília, DF. Disponível em: [encurtador.com.br/jovY8](http://encurtador.com.br/jovY8). Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [encurtador.com.br/del-BJ](http://encurtador.com.br/del-BJ). Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. 17 de outubro de 2019. Disponível em: [encurtador.com.br/yFV28](http://encurtador.com.br/yFV28). Acesso em: 05/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: [encurtador.com.br/nqrT8](http://encurtador.com.br/nqrT8). Acesso em: 03/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos**. 07 de novembro de 2019. Disponível em: [encurtador.com.br/bsOY5](http://encurtador.com.br/bsOY5). Acesso em: 20/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Habeas Corpus 68.726/DF**. Relator: Min. Néri da Silveira. 28/06/1991. Disponível em: [encurtador.com.br/hsDMP](http://encurtador.com.br/hsDMP). Acesso em: 20/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, 05/02/2009. Disponível em: [encurtador.com.br/cg023](http://encurtador.com.br/cg023). Acesso em: 20/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. *habeas corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17/02/2016. Disponível em: [encurtador.com.br/aoK67](http://encurtador.com.br/aoK67). Acesso em: 05/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Pena – execução provisória – impossibilidade – princípio da não culpabilidade. Relator: Min. Marco Aurélio. 07/11/2019. Disponível em: [encurtador.com.br/bHKQ7](http://encurtador.com.br/bHKQ7). Acesso em: 05/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Relator: Min. Marco Aurélio. 07/11/2019. Disponível em: [encurtador.com.br/afjCW](http://encurtador.com.br/afjCW). Acesso em: 13/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. 07/11/2019. Disponível em: [encurtador.com.br/mrsuF](http://encurtador.com.br/mrsuF). Acesso em: 09/08/2022.

CAVALGANTE, Diogo Lopes; RICCI, Camila Milazotto. A Mitigação do Princípio da Presunção de Inocência a luz da Mutação Constitucional. *In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*. Brasília, DF. Disponível em: [encurtador.com.br/stDQ3](http://encurtador.com.br/stDQ3). Acesso em: 04/07/2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Geralda Emilly Mareco. **A execução provisória de sentença penal condenatória e o princípio da presunção de inocência**. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/cvPX0](http://encurtador.com.br/cvPX0). Acesso em: 05/07/2022.

MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade de prisão em 2ª instância**. 14 de novembro de 2019. Disponível em: [encurtador.com.br/cKOST](http://encurtador.com.br/cKOST). Acesso em: 04/08/2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

SILVA, Renan Lourenço da. **Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência**. 2018. Disponível em: [encurtador.com.br/jmwI8](http://encurtador.com.br/jmwI8). Acesso em: 04/08/2022.

# O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO LUIZ STRECK

*Ana Luísa Soares Lima*<sup>64</sup>

*Elpídio Paiva Luz Segundo*<sup>65</sup>

## INTRODUÇÃO

As inovações aduzidas pelo Código de Processo Civil se inserem no contexto do Estado Democrático de Direito, que busca ultrapassar os limites do modelo liberal, cujo entendimento parte da visão do processo como meio de efetivação de interesses individuais em detrimento dos interesses do Estado. Representaria, também, uma superação da ideia de processo como instrumento da jurisdição capaz de supostamente estabelecer a paz social.

No Código de Processo Civil de 1973, o princípio do livre convencimento motivado era utilizado para proferir decisões em desconformidade com o contraditório, permitindo que o magistrado não enfrentasse

---

64 Bacharela em Direito pela UniFG/BA. Advogada.

65 Doutor em Direito pela UNESA/RJ. Docente do PPGD UniFG/BA. Líder do grupo de pesquisa “Fronteiras do Direito Privado”.

de forma pormenorizada as alegações levantadas pelas partes. Com efeito, caberia ao magistrado a livre apreciação da prova, o que implicava na ausência de um ônus argumentativo para fundamentação da sentença por ele proferida.

Este trabalho propõe uma interpretação constitucionalizada do art. 489 do Código de Processo Civil, especificadamente, no que tange à retirada do livre convencimento motivado e à fundamentação analítica das decisões. Na construção da legitimidade decisória, não se pode buscar a celeridade a qualquer custo em desrespeito aos princípios institutivos do processo (LEAL, 2010).

Um exemplo disso é o argumento sobre o caráter socializador da atividade judicante que defende, por vezes, sua tarefa de engenheiro social responsável por uma justiça rápida e como um distribuidor de renda, o que afeta uma compreensão adequada do direito processual, visto como um entrave à celeridade em vez de um meio institucionalizado de fruição de direitos fundamentais.

Nesse cenário, o texto destacará aspectos do Código de Processo Civil de 2015 no tocante à sua constitucionalização e no reforço de princípios como o contraditório em virtude do processo policêntrico e participativo e, sobretudo, a extinção do livre convencimento motivado, sistema pelo qual toda prova contida no processo pode ter efeitos diferentes no espírito crítico do magistrado, tendo em vista a interferência da conjuntura em que é produzida (LUCCA, 2015).

O percurso metodológico será o da crítica hermenêutica do direito, de Lenio Luiz Streck, e tem como indagação central o problema do princípio do livre convencimento motivado com base em uma leitura do art. 93, IX, Constituição de 1988. A hipótese é que ainda que o juízo não deva se ater a todas as questões levantadas pelas partes, o art. 489 do Código de Processo Civil se contrapõe a essa ideia ao elencar as situações em que as decisões não serão consideradas como fundamentadas.

Para o quadro teórico de referência foram utilizados artigos e livros, sejam impressos ou digitais, especialmente, de Lenio Luiz Streck e de sua crítica hermenêutica do direito. A contribuição se dará por satisfeita se conseguir sofisticar a abordagem do problema apresentado na medida em que autoridades públicas estejam constrangidas pelas leis que deter-



minam suas funções e poderes (STRECK, 2019, p. 33) para que elas não atuem como quiserem, ou para que juízes não valorem a prova com base em seu livre convencimento.

A crítica hermenêutica do direito pode ser uma bússola para um Estado Constitucional de Direito (CARNEIRO; LUZ SEGUNDO, 2019) ao operar com padrões normativos além do positivismo jurídico sem se perder em objetificações ingênuas e sem recuar para o subjetivismo (STRECK, 2019), apostando na coerência e integridade do direito para não resvalar em decisionismos e subjetivismos que possam prejudicar a proteção da confiança da coletividade.

## 1. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

O Código de Processo Civil, atendendo a preceito constitucional, dispõe sobre uma nova concepção do dever de fundamentação ao estipular no art. 489 as condições de uma decisão judicial fundamentada à luz da Constituição de 1988.

O dever de fundamentação é oriundo de mandamento expresso do art. 93, inciso IX, do texto constitucional que o estabelece como elemento garantidor de direitos fundamentais, do Estado de Direito e, ainda, como garantia contra a discricionariedade e arbítrio do judiciário (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016).

O modelo “Estado de Direito” é um ideal moderno pautado na racionalização jurídica e nos pressupostos filosófico-político do Estado Democrático, sendo, por conseguinte, um Estado Constitucional (BRÊTAS, 2015). Representa uma esfera do controle do poder público, de decisões judiciais e, ainda, de segurança jurídica.

O Estado-de-Direito, como solução juridicizante para o Estado moderno, surgiu como um ideal de equilíbrio, entendido como um modelo formal (funcional) e ao mesmo tempo como expressão de valores. A redução do direito a mera forma, e mais, a mera norma, veio tornar inócuo o termo, o que pôde permitir que a qualquer forma política se denomine ‘Estado de Direito’ [...] (SALDANHA, 2005, p. 109-110).

Considerando as noções de Estado de Direito e Estado Constitucional, o dever de fundamentação se apresenta como modo de impedir a existência de decisões arbitrárias, devendo ser pautada numa racionalidade que depende da exposição de seus fundamentos de maneira clara e coerente (LUCCA, 2015). Não obstante o dever de fundamentação já tivesse previsão expressa no art. 93, IX da Constituição de 1988, o Novo Código de Processo Civil, partindo da premissa de que as decisões seriam mal fundamentadas, estipulou aspectos tidos como compatíveis à efetivação do modelo constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2015).

O Código de Processo Civil propicia repensar a atividade jurisdicional para além de uma visão positivista de direito e de seus três elementos fundamentais: unidade, coerência e completude que, em conjunto, representariam uma entidade nova, diferente das normas singulares analisadas isoladamente (BOBBIO, 1995).

Uma definição que entende o Direito como conjunto de regras que autoriza o juiz a decidir casos difíceis a partir do poder discricionário (DMITRUK, 2007) é distinta da compreensão do direito como integridade. Esta requer que os magistrados o entendam como uma estrutura coerente que se vincula por argumentos de princípios sobre o devido processo legal e a justiça, afastando-se de raciocínios políticos ou morais ainda que diante de casos difíceis (DWORKIN, 1999).

Nessa esteira, uma postura hermenêutica deveria ser considerada no ato de fundamentação por parte do magistrado, observando-se a diálogo, o contraditório, para produzir uma decisão democrática e consequentemente legítima (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016):

[...] os parágrafos do art. 489 do Novo CPC mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica, que há muito tempo faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma ocorrência lógica da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva) (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 349).

A exigência do esforço argumentativo deve ser levada a sério. Mas não só. Se o processo pressupõe a existência de um juiz que o direciona, a participação efetiva dos demais sujeitos processuais e o direito a ter considerada toda argumentação apresentada (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009), a decisão fundamentada seria aquela que se pauta nas provas e teses levantadas pelas partes, sendo correta e íntegra (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Em relação à necessidade de fundamentação completa das decisões, o ministro Gilmar Mendes em voto no julgamento do RE 434.059/DF,<sup>66</sup> de 2008, argumentou que a Constituição de 1988 assegura ao sujeito o direito de ver seus argumentos contemplados pelo julgador, o que lhe exige atenção e ainda capacidade de considerar todas as alegações apresentadas.

Nessa concepção, decidir de maneira completa e imparcial não seria uma tarefa fácil, sendo necessária a adoção de medidas reflexivas em relação às próprias pré-compreensões, além de dar espaço ao debate público e à chamada participação<sup>67</sup> dos envolvidos no processo (STRECK, 2016). A participação seria baseada no modelo democrático de processo de forma dinâmica com intuito de estabelecer uma divisão de atuação entre os sujeitos processuais, exigindo uma interdependência entre as partes e ampliando o enfoque discursivo e o contraditório (NUNES, 2008).

O dever de fundamentação está relacionado à exigência de imparcialidade do julgador, já que não seria competência do juiz criar o direito que deve ser aplicado ao caso concreto (LUCCA, 2015). Além disso, se-

---

66 Trata-se de Recursos Extraordinários interpostos pela União e pelo Instituto do Seguro Social – INSS contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, cujo objeto é o cerceamento de defesa e ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes se posiciona no sentido de que a garantia de pretensão à tutela jurídica (art. 5º, LV da CF/88) enseja o direito de se ter os argumentos contemplados pelo julgador, o que corresponde ao dever do juiz de não só tomar conhecimento, como também o de considerar séria e detidamente as razões apresentadas. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>. Acesso em: 25 set. 2022.

67 NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170.

ria um meio de efetivar as garantias contidas na lei processual, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e da coisa julgada.

Dito isto, a fundamentação conforme Código de Processo Civil de 2015 teria por objetivo construir uma decisão pautada no controle do poder de julgar dos magistrados e no modelo democrático de processo, com maior aprofundamento e amplitude dos fundamentos decisórios. Assim, haveria uma diminuição dos poderes do magistrado e, ao mesmo tempo, haveria um envolvimento diferente no processo decisório, já que a decisão decorreria de uma ação conjunta dos sujeitos participantes.

## 2. COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO PROCESSUAL NO PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

Noutro tempo, o modelo liberal de processo tinha preocupação em possibilitar a autonomia da vontade e resolver conflitos de caráter individual. Com a passagem para o modelo social, a preocupação passa a ser a redistribuição de recursos entre indivíduos e a composição de conflitos com o objetivo de promover uma decisão justa em que se destaca a ideia de coletivo em relação ao individual. Já o modelo democrático de processo propõe a superação tanto do modelo liberal quanto do modelo social, conforme será examinado a seguir.

Ao contemplar o processo no século XX, percebe-se que os traços caracterizadores do sistema processual consistiam no juiz tido como mero árbitro condutor de um processo com exacerbado individualismo, prevalecendo deste modo os interesses do indivíduo em detrimento aos interesses do Estado e da sociedade como um todo. Em outras palavras, o processo estava à disposição de anseios pessoais (MONCADA, 1961).

O modelo liberal de processo parte da ideia de que a jurisdição antes de elemento de ‘composição de lides’, é atividade decorrente da ‘vontade da lei’, sendo fortemente influenciada pela filosofia da consciência. Ademais, o ato jurisdicional se destinaria apenas à formação da coisa julgada.<sup>68</sup> A crítica hermenêutica aponta que esses conceitos

---

68 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 216-232.

não correspondem à ideia de uma jurisdição constitucional e que enfraquecem o poder judiciário ao conferir centralidade ao legislador (HOMMERDING, 2007).

Nessa direção, o processo é entendido como instrumento da jurisdição e esta, como instituto do direito, visaria garantir a efetividade das normas substanciais contidas no ordenamento jurídico, ou seja, com o exercício da jurisdição o que se propõe é fazer com que o Estado atinja seus objetivos voltados às demandas sociais (CINTRA *et al.*, 2001).

Pela influência de teses de cunho social, o processo seria dotado de instrumentalidade propensa à efetivação de exigências políticas, sociais e econômicas que incidem sobre o sistema processual exigindo compromisso do Estado com a própria sociedade, ou seja, a ideia do processo como uma engenharia social (DINAMARCO, 2001).

Essa visão de instrumentalidade do processo defendida por Candido Rangel Dinamarco não se restringe a um meio de concretização de direitos, mas aponta o processo como instrumento de uma jurisdição que visa atender pressupostos sociais e políticos em uma concepção de tutela paternalista.<sup>69</sup> A crítica que se faz a esse aspecto está em que “o processo democrático pode ser qualquer coisa menos um instrumento da jurisdição” (MOTTA, 2012). O autor acrescenta:

[...] É o processo como ‘instituição estatal de bem-estar social’ (Klein). Sob os auspícios desta inspiração (ainda que em países como o Brasil, por exemplo, não tenhamos sequer ‘passado’ por um Estado Social, como lembra sempre Lenio Streck) é que toma forma o ‘protagonismo judicial’, compreendido como movimento de expansão dos poderes do juiz na condução/resolução das causas. É essa visão ‘socializadora’ a (principal, ainda que não a única) responsável por enxergar o processo como um mero instrumento técnico de resolução dos conflitos de interesses (Carnelutti), e/ou de aplicação quase mecânica do direito objetivo ao caso concreto (Chiovenda), e que tem, como pano de fundo, o

---

69 MOTTA, Francisco José Borges. Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

processo como um mero instrumento da jurisdição (MOTTA, 2012, p. 199).

Nessa perspectiva, o processo em suas bases constitucionais poderia ser entendido como uma estrutura que se dá por meio de debate sobre o conteúdo das decisões, já que apenas uma construção técnica acerca do processo não garante a construção de provimentos legítimos. Além disso, considerar o processo a partir da teoria habermasiana<sup>70</sup> permite construí-lo de maneira participativa e policêntrica (NUNES, 2008). Para tal teoria o direito legítimo dependeria de um espaço no qual se tem amplas argumentações decorrentes de um processo de comunicação (HABERMAS, 1997).

Diante de tais considerações, o dever de fundamentação decisória se relaciona com o devido processo legal e com a dialética como fatores dinâmicos do processo (BRÊTAS, 2015). Há que se considerar os caminhos pelos quais trilhou o Novo Código de Processo Civil: o policentrismo e a participação.

O policentrismo significa não ser possível analisar o sistema processual e as atividades dos sujeitos processuais de forma segmentada. Por isso, a instauração de uma centralidade em qualquer das partes envolvidas no processo seria incompatível com o Estado de Direito. No que concerne à participação, esta seria limite ao exercício das atividades dos juízes e se traduz em condição de possibilidade de discussão argumentativa por parte de todos os sujeitos no âmbito de formação das decisões (NUNES, 2008).

Lenio Luiz Streck refere-se aos termos em questão justificando que:

[...] não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz.

---

70HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 42.

As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’ (STRECK, 2015, p. 149).

A decisão judicial compartilhada decorreria da aplicação técnica do princípio da cooperação, que torna o processo em uma comunidade sem destaque a qualquer sujeito envolvido e concretiza o princípio do contraditório (DIDIER JR, 2011). Ademais, não seria possível confundir cooperação<sup>71</sup> com mera colaboração, conforme entendimento da socialização processual que busca uma justiça rápida e distribuição de renda (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Nas palavras de Theodoro Júnior, a cooperação não se relaciona à ideia de um juiz como personagem principal e submissão à vontade das partes a esse personagem. Também não se coaduna a uma busca da verdade do processo, que acaba por sustentar a hierarquia existente entre os sujeitos processuais. Ao contrário, trata-se de:

Uma comparticipação (cooperação) embasada no princípio do contraditório dinâmico (como garantia de influência, debates e não surpresa) e na necessária participação dos sujeitos interdependentes no ambiente processual durante todo o procedimento forjado por princípios processuais constitucionais (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 88).

Desse modo, o aspecto participativo e policêntrico ensejaria uma estrutura necessária às decisões com o fito de eliminar protagonismos e uma análise fragmentada do processo. O foco em determinada parte envolvida no processo não se coaduna com o moderno perfil democrático dos Estados de direito (NUNES, 2008).

Para os fins deste trabalho, é necessário tecer considerações acerca do conceito de paradigma. Diante de tal concepção, tem-se que as ciências evoluem e são realizações científicas capazes de propor problemas e

---

71 Nesse sentido, art. 6º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

soluções para certa comunidade. Seriam, assim, modelos e interpretações que podem ser reconhecidas de modo universal (KUHN, 2011).

Nessa conjuntura, haveria uma mudança paradigmática do processo com o intuito de eliminar do ordenamento jurídico a visão decorrente da socialização processual que defende o protagonismo do Estado na pessoa do juiz, passando a ter como modelo os aspectos já delineados, o do processo como ser do direito, o dever de fundamentação e o processo participativo e policêntrico (THEODORO JÚNIOR, 2015).

As decisões judiciais deveriam se atentar para uma nova necessidade de cognição e execução, considerando a complexidade das causas. Deveria haver uma preocupação pelo modo de efetivação das sentenças, sendo que o espaço participativo se torna fundamental, principalmente nos litígios em que há interesse público, ao abrir possibilidades de fiscalização de todos os sujeitos e no aproveitamento da atividade jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2015).

A proposta de participação e o contraditório, diretamente ligados entre si, estabelecem ao juiz o dever de fomentar o debate acerca de todas as questões, até mesmo as consideradas officiosas para evitar o poder absoluto do magistrado, bem como decisões distantes da dialética defendida pelas partes. Caso isso não ocorra, deveria ser a decisão de surpresa,<sup>72</sup> nula por descon siderar o princípio do contraditório e obstar a efetiva participação processual (NUNES, 2013).

Com a superação dos modelos liberal e social do processo seria possível apontar que o Código de Processo Civil analisado à luz da Constituição de 1988, poderá representar o caminho de efetivo controle da atividade jurisdicional e de sua legitimidade democrática.

### 3. O PROBLEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CPC 2015

O Código de Processo Civil de 2015 teria superado o sistema disposto no Código de 1973 ao estabelecer no art. 371 que é competência do juízo apreciar a prova existente nos autos, independentemente do su-

---

72 Nesse sentido, art. 10 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.



jeito que a tiver promovido, bem como indicar na decisão as razões da formação do seu convencimento. Ou seja, houve a retirada da expressão “livremente”, o que resulta na supressão do princípio do livre convencimento, conforme será observado adiante.

Mas o que seria o livre convencimento motivado? Seria uma técnica por meio da qual as provas contidas no processo serão analisadas conforme a consciência do magistrado, que atribuirá o valor que entender, de maneira imparcial por medida de justiça independente das circunstâncias existentes nos autos, tendo como baliza o bom senso e a indicação das razões que contribuíram para o seu convencimento (BULOS, 2000).

Além disso, caberia ao juiz livremente buscar no sistema de direito positivo a justiça de cada caso com a devida sensibilidade. Mesmo não sendo legislador, seria preciso reconhecer que o ato de decidir corresponde a um momento valorativo diante de cada caso concreto e que o magistrado que assim não procede se distancia de sua atividade e da própria justiça (DINAMARCO, 2009).

Tal afirmação se nota, dentre outras situações, na decisão do Superior Tribunal de Justiça exarada no HC n.º 84.382 - SP (2007/0129944-6)<sup>73</sup> ao dispor que ‘em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o magistrado, no exercício de sua função, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados’ (STRECK, 2013, p. 21).

O ato de julgar não pode ser entendido como mera e livre vontade, não seria o direito que dizem os juízes. No entanto, muitas decisões estariam pautadas apenas na consciência do julgador pelo que parcela

---

<sup>73</sup>Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, em favor de P H C A C, menor infrator, inserido em medida socioeducativa pela prática de ato infracional análogo ao tráfico ilícito de entorpecentes, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem, anulando a decisão de primeiro grau e determinou que outra seja proferida, permitindo-se ao paciente o aguardo da nova decisão em liberdade assistida. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200701299446&dt\\_publicacao=11/02/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701299446&dt_publicacao=11/02/2008). Acesso em: 25 set. 2022.

dos magistrados brasileiros se sustenta no compromisso feito com a sua própria consciência (STRECK, 2013, p. 20-21), o que pode ser exemplificado em trecho do voto do ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, n.º 319.997/SC:<sup>74</sup>

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Esse tipo de posicionamento reflete a atividade de juízes que decidem a partir de opiniões próprias com base no livre convencimento motivado. Em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais não podem se sustentar no desejo pessoal do julgador e num sistema normativo como o Código de Processo Civil não há espaço para tal devido

---

<sup>74</sup>Trata-se de embargos de divergência que se alega dissenso entre acórdão prolatado em agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional em decisão monocrática de relator, em sede de recurso especial, e acórdão exarado por Turma no julgamento de recurso especial. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200101540455&dt\\_publicacao=07/04/2003](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003). Acesso em: 25 set. 2022.

à defesa do reforço do contraditório e de uma decisão compartilhada (DELFINO; LOPES, 2015).

Hoje não é possível considerar as decisões como efetivação dos poderes dos juízes. Isto seria entendê-los equivocadamente como verdadeiros legisladores. Por esta razão, o processo deveria partir da intersubjetividade, guiado pelo elemento da linguagem, e de nenhum modo ter como base funções solipsistas que dão margens para sentenças de acordo as próprias razões dos magistrados (ABBOUD; OLIVEIRA, 2008).

O processo deveria ser compreendido a partir de uma relação jurídica capaz de proporcionar um caminho hermenêutico entre a legislação e a sentença, garantindo o sujeito como efetivo participante do processo a fim de combater o autoritarismo, muitas vezes justificado pelo livre convencimento motivado (ABBOUD; OLIVEIRA, 2008).

Entretanto, o direito acabou por se tornar dependente do julgador, questão que remonta à virada do século XIX para o século XX, devido à ideia do juiz como o sujeito capaz de atender os anseios jurídicos do povo, isto é, um ser dotado de poderes que ultrapassam o disposto em lei. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 1973 teria previsto o livre convencimento, por forte influência da doutrina instrumentalista (STRECK, 2016). O autor explica que:

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é ‘prover’, ‘fazer o que seja necessário’; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que ‘o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça’; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

No Brasil, essa ‘delegação’ da atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na

concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ (sic) e, consequentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – ‘sadio protagonismo’ (STRECK, 2013, p. 39).

A extinção dos vocábulos que faziam referência ao livre convencimento motivado não seria algo simples ou sem significação, já que o Código de 2015 suprimiu dispositivos que davam margens a uma livre apreciação como anseio de mudança e como resultado do entendimento de que democracia não se dá com a convicção pessoal dos magistrados, mas sim com emprego do direito (STRECK, 2015).

Esse importante avanço do Código de Processo Civil seria exigência da devida fundamentação e da necessidade de compreensão do Direito como coerência e integridade (arts. 10, 489 e 926 do Código de Processo Civil de 2015) (STRECK, 2016). A coerência representa a utilização das mesmas regras e princípios formulados nas situações idênticas que se apresentarem. A integridade corresponde a um elemento essencial tanto na legislação quanto na decisão judicial e como limite decisório, uma vez estabelecida a partir do conjunto que é o direito (DWORKIN, 1999).

A integridade é explicada através de uma figura de linguagem, a do romance em cadeia, que expressa a ideia de um grupo de romancistas que escrevem em série. Ao receber um capítulo que um outro componente do grupo escreveu, o próximo deve interpretá-lo e dar continuidade. Nesse sentido, aos casos difíceis<sup>75</sup> deveria ser aplicado o direito emanado por instituições anteriores e ao decidir o juiz deveria proceder de maneira explícita e vinculada (DWORKIN, 2002).

A figura do romance em cadeia sugerida por Ronald Dworkin atribui ao intérprete o dever de vinculação. Igualmente deveriam ser as decisões judiciais, ao passo que a integridade do direito implica em um coerente processo hermenêutico. Por fim, há que se efetivar o pro-

---

75 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

cessualismo democrático a partir da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de formação das decisões, reconhecida a constitucionalização do direito processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto apresentou que os modelos liberal e social de processo não se coadunam com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Este último apresenta melhores condições para estruturar as decisões judiciais ao favorecer a comparticipação e o policentrismo processual com a atuação dos diversos sujeitos envolvidos e não mais sustentado na centralidade do juiz.

Como visto, embora o Código de Processo Civil de 2015 não solucione os diversos problemas do sistema processual, avança ao definir parâmetros para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, nos termos do art. 489.

O fim do livre convencimento motivado impede que o juiz decida como bem lhe aprouver. Não há mais espaços para decisões solipsistas, ou decisões conforme a consciência do julgador.

Urge uma reformulação hermenêutica constitucionalmente adequada ao Direito Processual Civil, pois as decisões judiciais devem ser revestidas de caráter institucional. E mais, devem ser coerentes, íntegras e corretas, tendo em vista que em uma as decisões judiciais não podem depender do desempenho de indivíduos.

Aqui entra o papel da crítica hermenêutica do direito que busca estabelecer controles públicos ao livre convencimento. Parece contraditório afirmar que um juiz possa apreciar livremente uma prova, mesmo porque é impossível trabalhar sem qualquer vinculação a priori. Isso não ocorre apenas na hermenêutica, mas em qualquer teoria que assumo o papel de condicionante prévio (sejam elas políticas, econômicas ou de outro tipo). Por isso é necessário maior controle na atividade interpretativa de juízes, principalmente em um tempo em que posturas decisionistas podem lançar o direito à deriva não só do ponto de vista do processo, mas do debate público e da própria democracia representativa.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista Eletrônica de Processo**, São Paulo, v. 166, dez. 2008. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 set. 2022.
- BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 06 DE AGOSTO DE 2016**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 set. 2022.
- BULOS, Uadi Lammêgo. O Livre Convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, dez. 2000. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistae-emerj\\_online/edicoes/revista12/revista12\\_184.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistae-emerj_online/edicoes/revista12/revista12_184.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.
- CARNEIRO, Cláudio; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. A segurança jurídica em “xeque” em tempos de pós-positivismos. In: LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin (orgs.). **Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: Juspodivum, 2019, cap. 2, p. 37-63.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Justificando: mentes inquietas pensam Direito. São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livreconvencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-estacom-os-hermeneutas>. Acesso em: 25 set. 2022.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo: RePro**, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: [https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod\\_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf](https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, v. IV, p. 144-155, 2007. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/596/559>. Acesso em: 25 set. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodvim, 2015.
- MONCADA, Luiz Cabral de. O processo perante a filosofia do direito. **Boletim da Faculdade de Coimbra**, Coimbra, 1961. Disponível em: [https://www.uc.pt/fduc/corpo\\_do-cente/gale-ria\\_retratos/cabral\\_moncada/artigos](https://www.uc.pt/fduc/corpo_do-cente/gale-ria_retratos/cabral_moncada/artigos). Acesso em: 28 abr. 2017.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a Democratização Processual Civil**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.



NUNES, Dierle José Coelho. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio#:~:text=Estamos%20em%20momento%20muito%20singular,em%20aspectos%20qualitativos%20e%20quantitativos>. Acesso em: 25 set. 2022.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2.ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>. Acesso em: 25 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A luta da crítica hermenêutica do direito contra o solipsismo judicial. *In*: LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin (orgs.). **Diálogos sino-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: Juspodivum, 2019, cap. 1, p. 23-36.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 25 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 25 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Uma Análise Hermenêutica Dos Avanços Tra- zidos Pelo Novo CPC. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, 1, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39/47>. Acesso em: 25 set. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC – Fundamen- tos e Sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudanças de sua aplica- ção. **Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Ale- gre, jan./jun. 2009. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/plu- ginfile.php/364051/mod\\_resource/content/0/HUMBERTO%20 THEODORO%20-%20DIERLE%20NUNES%20-%20 O%20princ%3%ADpio%20do%20contradit%3%B3rio.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364051/mod_resource/content/0/HUMBERTO%20THEODORO%20-%20DIERLE%20NUNES%20-%20O%20princ%3%ADpio%20do%20contradit%3%B3rio.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.

# PLATAFORMAS DIGITAIS DE FILTRAGEM DE INFORMAÇÕES AUTOMATIZADAS E O TRATAMENTO DE DADOS EM PROCESSOS TRABALHISTAS: A EXISTÊNCIA DE UMA FORMA DIGITAL DE LISTAS NEGRAS?

*Thomaz Jefferson Carvalho* <sup>76</sup>

*Okçana Yuri Rodrigues Carvalho* <sup>77</sup>

## INTRODUÇÃO

A era da informação possibilitou um significativo aumento de produção de conteúdos e de disponibilização de dados, o âmbito da justiça

---

76 Doutor em Direito pela UNESA/RJ. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Pós-graduado em Direito Eletrônico pela UNESA/RJ, em LGPD pela Faculdade Legale; em Direito do Trabalho pela UCB. Graduado em Direito pela UNOPAR. Advogado e Professor universitário.

77 Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Pós-graduada em Direito do Estado (Direito Constitucional) e em *Compliance*, LGPD e prática trabalhista IEPREV. Graduada em Direito pela UNICESUMAR. Advogada e Professora Universitária.

também foi impactado por tratamento de informações automatizadas que revelam sobre a existência de processos judiciais.

Plataformas revelam informações a respeito de processo judicial e seu andamento, de fácil interação com buscadores de informações como o Google, qualquer um pode consultar o nome de uma pessoa no buscador e já em fração de segundos e dentre as primeiras opções da página aparece listada os processos existentes com o número e as partes.

Algumas plataformas automatizadas informam em seus termos de uso que não geram conteúdos propriamente, apenas realizam a filtragem de informações já disponibilizadas pela internet, podendo ser listados processos judiciais ou outras informações relevantes.

Neste caso, as plataformas de filtragem de conteúdo, o questionamento é inicialmente se essa conduta será considerada tratamento de dados. E se este por sua vez pode figurar como um mecanismo hábil para criação de listas negras discriminatórias por meio digital.

Outro ponto importante de análise é apontar as consequências de plataformas de filtragem de informações que estão disponibilizadas na internet.

## 1. PLATAFORMAS DE FILTRAGEM AUTOMATIZADA E O MERCADO DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS

Com o uso cada vez mais frequente da tecnologia da informação no cotidiano dos indivíduos, houve um acúmulo de informações significativas fazendo com que muitos utilizem para designar a era contemporânea como sendo da informação.

Aliás um hábito corriqueiro utilizado em um período longo de tempo levou a uma prática que constitui uma verdadeira imensidão de dados armazenados, muitos destes sem qualquer necessidade de serem realizados, as pessoas realizam coleta de dados em imensos questionários que em não raros momentos nunca utilizarão, era a prática de quanto mais informações melhor, ou não pecar pela falta de informações.

Nesse sentido, “a informação e o conhecimento, de fato, são doravante a principal fonte de produção de riqueza” (LÉVY, 2009, p. 54), pois possibilita fundamentos para as demais fontes existirem. Por con-

seguinte, sem conhecimento e informação nenhum produto passa a ser fabricado, produzido, entra em circulação ou um serviço é prestado.

Em outras palavras, “dados são dinheiro, e as empresas os tratam como tal” (RUDER, 2015, p. 260), em que pese existir casos em que as informações parecem estar disponibilizadas, livres de acesso e de manipulação, na verdade estão resguardadas juridicamente por normatizações que impedem que outros indivíduos tenham acesso indevido, por isso é necessário conhecer as limitações disponibilizadas pelo titular.

O excesso de informação nunca foi uma barreira ou algo que incomodasse os detentores de bancos de dados. Com o passar do tempo grandes amontoados de informações constituíram o que atualmente costuma-se denominar de *Big Data*.<sup>78</sup>

Nesse sentido, é de se reconhecer que surge nas palavras de Daniel Solove uma “indústria de banco de dados” (*apud* MENDES, 2019, 117), cada vez mais a quantia de informações passa a determinar poder e influência sobre determinados grupos.

Ocorre que com o tempo muitas informações que eram coletadas passavam a ser utilizadas de modo não desejado ou mesmo desconhecido pelo detentor dos dados, isto é, a pessoa natural diretamente vinculada com aquelas informações.

As pessoas muitas vezes ainda que soubessem que informações a seu respeito eram tratadas não tinham nenhuma informação mais detalhada acerca do tratamento de dados.

Na era digital ou da informação, quanto mais informações existir sobre um sujeito mais conhecimento sobre seus gostos, hábitos, ou seja, é possível ter acesso a verdadeiros perfis comportamental através da criação de *profiling*. A informação passou a ser um mercado significativo e que movimenta grandes cifras de dinheiro todos os anos.

Para Hayles,

[...] a informação se tornou a grande palavra de ordem, circulando como moeda corrente. Genética, assuntos de guerra, entrete-

---

78 *Big Data* é uma expressão que designa a possibilidade técnica de armazenamento e processamento de grandes quantidades de informações. *In*: Disponível em: <https://ead.unifeob.edu.br/blog/big-data>. Acesso em: 28 fev. 2022.

nimento, comunicações, produção de grãos e cifras do mercado financeiro estão entre os setores da sociedade que passam por uma revolução provocada pela entrada no paradigma informacional. Uma diferença significativa entre informação e bens duráveis está na replicabilidade. Informação não é uma quantidade conservada. Se eu lhe dou informação, você a tem e eu também. Passa-se aí da posse para o acesso. Este difere da posse porque o acesso vasculha padrões em lugar de presenças (HAYLES, 2003).

Por isso, é comum utilizar a famosa frase quem tem informação tem poder e conseqüentemente pode-se afirmar que tem dinheiro, pois a informação como nas palavras do matemático Clive Humby é o novo petróleo, com a grande vantagem de não ser bem escasso na sociedade, ao contrário, sempre se renovará e poderá ser produzido mais.

Aliás, ao considerar que a sociedade se transformou com o consumo de informações, Bruno Ricardo Bioni acentua que o consumidor deixou de consumir apenas para uma postura mais ativa de produzir conteúdos informacionais, passando de “*consumption*” para “*prosumer*” (BIONI, 2019, p. 15).

Essa mudança paradigmática de condução de consumo em que o indivíduo passa a ser consumidor e produtor ao mesmo tempo impactou inclusive em um aumento exponencial por mais informações.

Neste particular é importante frisar que no mercado de consumo a maioria dos bens e produtos são consumidos e podem levar a uma escassez, mas a informação se comporta de modo completamente diverso já que poderá ser partilhada sem que reduza sua quantia ou qualidade.

Se a informação tem um valor econômico passou a ser reconhecida como um verdadeiro bem e neste aspecto, a informação será mais valorada à medida que ela é almejada pelos indivíduos. Nesse aspecto, as informações relativas a processos judiciais interessam inúmeras pessoas, seja nas relações obrigacionais privadas com quem os indivíduos mantenham ou aqueles com quem no futuro tenham a pretensão de manter vínculos.

Portanto, as informações relativas aos processos judiciais passaram a representar um mercado de consumo, verdadeiro nicho para quem

disponibiliza tais conteúdos, independente da licitude e ética nesta divulgação.

## 2. AS FERRAMENTAS DE BUSCAS JUDICIAIS COMO FORMA DE TRATAMENTO DE DADOS AUTOMATIZADAS

Diante da busca incessante de informações judiciais ferramentas de buscas automatizadas surgiram para subsidiar os anseios e interesses dos particulares e por conseguinte, bancos de dados destes, dentre os quais o que mais se destaca no atual momento é o chamado escavador, embora não seja o único.

Tais plataformas propiciam informações serem consultadas de forma ágil e automatizadas. E existem ainda softwares capazes de fazer rastreamento e monitoramento de pessoas. Mas então por que a análise se atém à plataforma de filtragem em questão?

Ao analisar especificamente a proposta do site escavador listado em sua política de privacidade verifica-se que há uma coleta de dados em bases públicas como o CNPQ e diários oficiais, o que não elimina a responsabilidade dos agentes de tratamento de tais informações.

Ainda sob o condão do art. 6º da Lei 13.709/2018 deve-se atentar todo tratamento de dados aos princípios inerentes à proteção de dados, sendo necessário que o tratamento tenha finalidade, necessidade e adequação, dentre outros.

Como existe o reconhecimento de que existe coleta de dados em bases de dados ainda que públicos deve-se ser entendido como tratamento de dados, vez que por previsão conceitual do art. 5º, inciso X da Lei 13.709/2018 revela que tal atuação configura tratamento de dados.

Coletar dados já disponibilizados por meio de bancos de dados públicos passa a ser uma coleta de dados de forma indireta, no entanto a base legal que é utilizada para o banco de dados público não é a mesma que o utilizado pela ferramenta de tratamento de dados da plataforma digital.

É preciso esclarecer inicialmente que o enquadramento como agentes de tratamento a LGPD pontuou como sendo controlador e opera-

dor, conforme previsão do art. 5º, inciso IX, o que neste caso quando a plataforma assume a realização de um tratamento de dados para outra finalidade das quais estavam os dados inseridos assumem a posição de controladora de dados e devem possuir base legal que a justifique.

Além disto, no mesmo artigo 5º, inciso VI da Lei 13.709/2018, conceituou para o dispositivo legal o controlador como sendo “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

Como destaca Marcel Leonardi, Raphael de Cunto e Larissa Galimberti, “o controlador (*data controller*) determina as finalidades e as maneiras de tratamento dos dados pessoais, ou seja, controla tanto os motivos quanto os métodos da atividade de tratamento”(LEONARDI *et al.*, 2019, p. 89).

Nesta linha Thiago Luís Santos Sombra enfatiza que o controlador é:

[...] o ponto de alocação operacional da responsabilidade sob todas as perspectivas: exercício de direitos e responsabilidade civil. A delimitação da atuação do controlador é essencialmente funcional e objetiva traçar um regime de responsabilidade em função da sua influência operacional (SOMBRA, 2019, p. 115)

O que não significa que isso por si só isenta o operador de responsabilidade, mas sim, é o controlador quem estabelecerá limites de atuação e modo de atuar, sendo que se houver atuação fora de tais limites passa a ser responsabilizado o operador.

Outro agente de tratamento de dados é o operador que a LGPD pontua como sendo “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

Dessa maneira, o operador realizará ação ou ações em nome do controlador na forma estabelecida pelo mesmo, devendo agir nos ditames estabelecidos por ele.

Em outras palavras, o operador irá realizar uma etapa do chamado ciclo de vida dos dados. Toda informação tem seu nascimento pela coleta e será utilizada, armazenada, analisada, até sua eliminação. Cada etapa



deste processo poderá ser considerado tratamento de dados, o operador realiza uma ou mais etapas em nome do controlador.

Um exemplo prático, quando uma empresa contrata serviços de *backup* automatizado está contratando um operador para tratar dados, ou seja, ele irá armazenar as informações.

Frisa-se que “o operador sempre age conforme diretrizes traçadas pelo controlador, não tendo qualquer ingerência sobre o tratamento dos dados do titular, cujo o propósito são definidos tão somente pelo controlador”(MACIEL, 2019, p. 68).

Estar em conformidade com o que o controlador determina é de suma importância, pois a atuação do operador está adstrita em nome do controlador, o que “significa atuar segundo as hipóteses legais de tratamento a ele aplicadas e por sua delegação, o que significa que se atuar fora das diretrizes estipuladas também poderá ser considerado um controlador (controle conjunto)” (SOMBRA, 2019, p. 178).

Pontuadas as considerações conceituais necessárias, a plataforma escavador será considerada agente de tratamento de dados? Operador ou controlador? De fato, as plataformas digitais de filtragem de dados realizam tratamento de dados, nos termos do art. 5º, inciso X da Lei 13.709/2018. Não se pode atribuir a função de operadora de dados pois não há uma autorização contratual dos bancos de dados dos quais se encontra a informação que será alvo de filtragem de informações. Deste modo, ao tratar dados pessoais sem autorização da controladora original passa a plataforma a ser considerada também controladora de dados. Ademais, o tratamento de dados realizado em tais ferramentas de buscas é concebida de maneira automatizada, sem ingerência de atuação humana.

O artigo 20 da LGPD acentua que se eventuais decisões automatizadas de tratamentos de dados ocasionar prejuízo ao titular de dados poderá este pedir revisão por agentes humanos caso o interessado solicite.

Atualmente, há a possibilidade do interessado em manifestar o desinteresse em ter os dados veiculados junto à plataforma, mas percebe que ocorre após o tratamento de dados realizado, para aqueles indivíduos que se sentiram lesados com o tratamento em si.

### 3. PLATAFORMAS DE FILTRAGEM AUTOMATIZADAS E A CRIAÇÃO DE “LISTAS NEGRAS DIGITAIS”

A questão que deve ser enfrentada é se as plataformas de filtragem automatizadas de informações possibilitam a criação ou criam por si só listas negras na era digital. Tais listas são discriminatórias em sua essência e são repelidas pela Justiça do Trabalho como sendo uma prática predatória em face aos direitos do trabalhador.

Listas negras também chamadas de listas sujas são conduta discriminatória já em sua própria nomenclatura, que podem ser conceituadas como “[...] a confecção e divulgação de listas de nomes de trabalhadores que tenha proposto ação judicial contra seus empregadores (ou que tenham participado de movimentos paredistas, a par de outras situações similares) [...]” (DELGADO, 2017, p. 743).

Raimundo Simão de Melo enfatiza que:

[...] a possibilidade de emprego fica condicionada à inexistência de ações judiciais movidas pelos candidatos às vagas existentes no mercado de trabalho, em evidente violação ao direito de ação dos trabalhadores, constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, inciso XXXV), bem como ao próprio direito ao trabalho, que é um direito social (CF, art. 6º) (MELO, 2002, p. 229).

Neste caso, o direito fundamental ao acesso à justiça é vilipendiado quando o seu exercício passa a ser condicionante para o não exercício de outro direito também fundamental, qual seja: o pleno emprego.

Antes do advento da tecnologia era muito comum a existência de listas discriminatórias desta em cidades pequenas, das quais circulavam listagens de quem ingressou com alguma demanda judicial.

Pondera-se o fato de que nas listagens não há qualquer menção se a demanda era justa ou não, se o empregado teria de fato direito de reclamar em juízo. O objetivo de quem cria tais listas é segregar as pessoas e afastar de novas oportunidades de trabalho.

Ressalta ainda Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 744) que a existência de “[...] tais listas sujas conteriam nítido intuito discrimina-

tório, visando potencial retaliação de seus componentes pelo mercado empresarial circundante”.

Não há outro objetivo para sua existência que retaliação, que vingança. Todavia a sua utilização impacta diretamente na renda e nas condições de vida e dignidade do trabalhador, ao passo que não possibilita nova ocupação laboral.

E bem pondera Raimundo Simão de Melo que a discriminação das listas negras não acontece apenas com quem ingressa com as ações judiciais, mas há casos em que há inclusão de nomes:

[...] pelo simples fato de um parente, marido ou mulher, pai ou filho – ter ido à Justiça do Trabalho reclamar seus direitos violados, certamente por esses mesmos empregadores que discriminam os candidatos às vagas de emprego, afrontando, assim, o art. 7º, inciso XXX, que proíbe qualquer critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou outra discriminação que não encontre respaldo constitucional ou legal (MELO, 2002, p. 229).

A prática de utilização e confecção de tais listas é conduta discriminatória, nos termos da Convenção da OIT n.º 111, de 1958 em seu art. 1º, que estabelece claramente que será considerada discriminação “prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão” (BARROS, 2010, p. 1128).

Tentando reduzir sua existência, Sérgio Pinto Martins destaca que:

Em 30-8-2002, o TST cancelou consulta pelo nome do trabalhador no seu site. As empresas vinham-se utilizando do próprio site do TST para fazer as listas negras, pois verificavam qual era o trabalhador que tinha ajuizado reclamação contra outras empresas (MARTINS, 2016, p. 743).

Com a consulta franqueada no site do Tribunal Superior do Trabalho no nome das partes era de fácil constatação quem possuía ação judicial em trâmite ou que havia tramitado no TST.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução CSJT n.º 139/2014, que criou medidas que deveriam ser adotadas pelos Tribunais Regionais visando coibir a prática de “listas sujas”, dentre elas a utilização de sistema de captcha, evitar o uso de links estáticos, mitigar o acesso automatizado a dados de reclamante foram soluções apontadas.

Nesta esteira, Raimundo Simão de Melo (2002, p. 229) menciona que o objetivo não foi impactar negativamente ou negar acesso aos trabalhadores as informações de seus processos, mas impedir que a conduta de maus empregadores perpetuasse discriminação e que, por consequência, impedisse novas ocupações àqueles que já possuísem demanda ajuizada.

Sergio Pinto Martins (2016, p. 744) ainda assevera que “o presidente do TST também recomendou aos tribunais regionais que só expedissem certidões se fosse indicado o motivo pelo qual ela está sendo pedida”.

Essas listas são consideradas discriminatórias, pois entabula uma série de pessoas que são consideradas não passíveis de contratação, ou seja, excluídas de uma nova ocupação profissional.

Mas qual a solução para coibir tais práticas? A solução é ainda na forma indenizatória, ingressar com uma ação judicial pleiteando indenização por danos materiais e morais, conforme o caso concreto.

A exemplo do posicionamento jurisprudencial, o TST em sede de recurso de revista entendeu no excerto abaixo que ficou caracterizada a lista negra e como consequência o dever de indenizar fez surgir:

RECURSOS DE REVISTA DAS EMPRESAS EMPLOYER ORGANIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS LTDA. E COAGRU COOPERATIVA AGROINDUSTRIAL UNIÃO. ANÁLISE CONJUNTA. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DE “LISTA DISCRIMINATÓRIA”. MARCO INICIAL. CIÊNCIA DO FATO LESIVO. [...]. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO DO NOME DE EMPREGADOS EM “LISTA DISCRIMINATÓRIA” DE PESSOAS COM RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS. O TRT da 9ª Região asseverou ser notório o conhecimento de

uma “lista discriminatória” (PIS-MEL) da empresa Employer, restando demonstrado nos presentes autos o fato de que algumas empresas alimentavam e compartilhavam essa “lista” com nome de pessoas que ajuizassem ações trabalhistas, fossem testemunhas em reclamações trabalhistas ou desafetas de encarregados dessas empresas envolvidas. Ficou ainda registrado no acórdão regional que a empresa Employer não esclareceu o motivo do nome do autor constar na “lista” ou as razões de inclusão de nomes nela. Por fim, o Tribunal a quo verificou que a empresa Coagru – ex-empregadora e ré em reclamação trabalhista ajuizada pelo autor – não explicou os motivos de inserção do nome do empregado nem demonstrou sua isenção de culpa, consignando que “a cópia da lista mostra que o nome do reclamante estava diretamente relacionado ao nome da segunda ré – Coagru, de quem foi empregado, e esta não produziu qualquer prova de que não teria fornecido o nome do autor” (fl. 641). Desta forma, a inclusão de nomes em “listas” criadas para fins de consulta pré-contratual, com informações acerca de o empregado ter reclamações trabalhista ou prestar depoimentos como testemunhas contra ex-empregadores ou o simples fato de não ser da simpatia (desafeto) de encarregados evidencia o caráter discriminatório e impeditivo ao reemprego, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo para o direito à indenização por danos morais. Incidência da Súmula 126 do TST. Recursos de revista não conhecidos. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. De início, cumpre registrar que a empresa Coagru não apontou violação de qualquer dispositivo constitucional ou legal, tampouco traz dissenso interpretativo ou divergência de arestos paradigmas, restando, assim, desfundamentado o seu apelo, pois não foram observadas as exigências do art. 896, “a”, “b” e “c”, da CLT. Com relação ao recurso de revista da empresa Employer, tem-se que a decisão que fixa o valor da indenização é amplamente valorativa, ou seja, é pautada em critérios subjetivos, já que não há, em nosso ordenamento, lei que defina de forma objetiva o valor

que deve ser fixado a título de dano moral. Em decisões desta Corte, vem se admitindo que o TST deva exercer um controle sobre o quantum fixado nas instâncias ordinárias, em atenção ao princípio da proporcionalidade previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal. Resta saber se no caso concreto há razoabilidade. No caso, é incontroverso que a inclusão do nome do autor em lista discriminatória, por constituir procedimento discriminatório e configurar dano moral, torna desnecessária até mesmo a prova do prejuízo, sendo razoável o valor arbitrado pelo e. TRT. Precedentes. Nessa senda, o valor fixado pelo v. acórdão do e. TRT da 9ª Região (de R\$ 15.000,00 – quinze mil reais), longe de afrontar, caracteriza correta aplicação do artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. Recursos de revista não conhecidos. CONCLUSÃO: Recursos de revista integralmente não conhecidos (RR – 84600-83.2009.5.09.0091, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 17/02/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016).

Essa decisão serve para ilustrar que não somente existem resoluções com medidas para coibir a existência tal qual a resolução 139/2014 do CSJT, mas que os tribunais têm demonstrado que a prática encontra-se completamente dissonante com os direitos fundamentais do trabalhador.

A utilização da plataforma escavador possibilita acesso facilitado e rápido a conteúdos que estão disponibilizados na rede mundial de computadores, mas a grande indagação é se a mesma seria uma fonte de consulta ou seria capaz de criar as listas discriminatórias?

Ao analisar o *case* Escavador como plataforma de filtragem de informações, a mesma realiza tratamento de dados voltada a consulta e não para confecção de listagens discriminatórias. Sem dúvida, que seu incremento possibilitou que novamente as listagens pudessem ser realizadas de modo muito mais célere.

Como visto anteriormente desde 2002 havia determinação expressa para que os sites dos tribunais regionais coibissem formas de consulta de nomes dos trabalhadores que posteriormente pudessem subsidiar con-

dutas discriminatórias. Por sua vez, o escavador propiciou um alcance ainda maior no conjunto de informações por eles tratadas.

Mas como coibir tal prática se poderia ser utilizado para gerar discriminação no ato de contratação? De fato, não existe ainda legislação que possibilite tipificação criminal ou outras medidas de sanção para criação de listas discriminatórias e como visto seria por meio indenizatório. Portanto, caberia previsões normativas que estendam os efeitos e medidas visando coibir as listagens também para atividades privadas como o caso das plataformas de “filtragem” de tratamento de dados.

Não há que se falar em responsabilidade pelas listagens discriminatórias, o mesmo não se pode afirmar em relação ao tratamento de dados em desacordo com a Lei 13.709/2018.

Sob análise da LGPD, pode-se afirmar que as plataformas de mineração de dados fazem tratamento de dados sem possuir finalidade preestabelecida, sem tempo definido para tratamento e, portanto, sem existir uma política de descarte de tais informações, não possuem base legal definida.

Indiscutivelmente também algumas das plataformas de mineração de dados da justiça não atendem aos princípios da necessidade, livre acesso, da não discriminação, dentre outros.

Em particular, o princípio da não discriminação determina que o tratamento de dados não poderá ser realizado com o objetivo de propiciar discriminação e a existência de plataformas de mineração de informações processuais possibilita a manutenção de condutas discriminatórias como as listas negras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consumo desenfreado por informações levou à criação de um mercado, cujo valor econômico gerado é indiscutível, as plataformas como escavador que possibilitam filtragem têm cada vez mais ganhado adeptos. Embora se apresentem de maneira não onerosa ao usuário, na verdade têm um canal de publicidade que atrela marcas na página de buscas realizadas, consequentemente o indivíduo que utiliza tal plataforma é consumidor em potencial dos anúncios que lá se encontra.

Em que pese a alegação da plataforma escavador no sentido de que a mesma não gera conteúdo e apenas faz consulta e filtragem em bases públicas, certo é que ao tratar dados ela passa a ser agente de tratamento de dados, inexistindo autorização legal do controlador para tratamento de dados, ela se apresenta como controladora de tais informações, sendo, portanto, responsável por suas ações.

Qualquer indivíduo pode utilizar facilmente a ferramenta escavador para fazer consultas de processos trabalhistas existentes de um determinado candidato a vaga de emprego e isso poderia ensejar as chamadas “listas negras” discriminatórias, porém criadas por empregadores que utilizariam a plataforma para fomentar suas próprias listagens.

Deste modo, ainda que o tratamento de dados utilizado pela plataforma escavador esteja em dissonância com os moldes previstos na Lei 13.709/2018, não há que se atribuir à mesma a responsabilidade pela existência de listas negras, mas tão somente a facilitação das mesmas.

A plataforma criou uma ferramenta que consegue realizar as listagens discriminatórias sem que exista exposição do empregador junto às secretarias das varas do trabalho, possibilitou que fossem escamoteada as ações dos empregadores e por sua vez viola mais um direito fundamental ao trabalhador: a proteção de dados.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei geral de proteção de dados**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 28 fev. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.



- ESCAVADOR. **Política de Privacidade**. Disponível em: <https://www.escavador.com/politica-de-privacidade>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- LEONARDI, Marcel; CUNTO, Rafael; GALIMBERTI, Larissa. Direitos dos titulares de dados pessoais. In: BEPPU, Ana Claudia; BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues (coord.). **Proteção de dados pessoais no Brasil**: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a lei geral de proteção e dados pessoais**. Goiânia: RM, 2019.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MELO, Raimundo Simão de. Discriminação, lista negra e direito de ação. **Revista do TST**, Brasília, v. 68, nº 3, p. 229, jul./dez. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/70781/012\\_melo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/70781/012_melo.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 28 fev. 2022.
- MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019.
- RUDDER, Christian. **Dataclisma**. Trad. Patrícia Azeredo. Rio de Janeiro: BestSeller, 2015.
- SANTAELLA, Lúcia. Da cultura das mídias à cibercultura: o advento do pós-humano. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n.º 22, p. 23-32. dezembro 2003, p. 28. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3229/2493>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

# CELERIDADE E GARANTIAS: OS LIMITES DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL

*Kerston Marques Silva Benevides*<sup>79</sup>

## INTRODUÇÃO

No Brasil contemporâneo têm se tornado mais comuns, no bojo do processo penal, os instrumentos de justiça negocial como forma de conferir celeridade ao processo e à resposta penal. Esses institutos não parecem, todavia, pensados a partir da realidade processual brasileira, tampouco se verifica uma sinalização no sentido de aprovação de um novo Código de Processo Penal – CPP. O atual CPP data de 1941 e foi inspirado no código fascista italiano, portanto, é fortemente marcado por um viés autoritário.

A justiça negocial pauta-se pela lógica contratual, em que as partes têm liberdade e voluntariedade para negociar as condições para encerramento da demanda. O que vale ressaltar é que a lógica contratual enseja ressalvas quando se trata da aplicação no processo penal. Isso porque o processo penal deve ser um instrumento de garantias fundamentais e

---

79 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bolsista PROSUC/CAPES. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Especialista em Docência do Ensino Superior pela FABEC Brasil. Advogado. Membro da CDCRIM OAB/GO. Servidor Público no IFG.

de limitação do poder punitivo. Portanto, devem-se analisar cuidadosamente os institutos que lhe são inseridos, pois podem representar a supressão dessas garantias.

O viés economicista do direito justifica a celeridade processual, ainda que haja, por parte dos envolvidos, renúncias ao devido processo legal. A celeridade é encarada como uma demanda social, a sociedade deve obter do Estado a rápida resposta punitiva, sob pena da sensação de impunidade e ineficiência do sistema. A essa demanda social somam-se as forças dos veículos de comunicação de massa, que têm papel fundamental na cobrança da resposta penal por parte do Estado, e o desempenha de diversas maneiras.

Esta pesquisa, portanto, surge a partir do problema: quais devem ser os limites da aplicação da justiça negocial ao processo penal? E para responder ao problema posto, parte-se da hipótese de que a aplicação de institutos negociais, que conferem celeridade e supressão de fases do devido processo legal, oferece riscos consideráveis às garantias processuais.

A pesquisa é essencialmente bibliográfica e se desenvolve pela abordagem dialética, com a utilização do método histórico. O desenvolvimento a partir da busca bibliográfica busca fundar a pesquisa em teorias robustas acerca do processo penal e da justiça negocial. A abordagem dialética mostra-se necessária para a confrontação das teorias e pontos de vista e dos institutos jurídicos propostos para análise. E, por fim, o método histórico propicia a interpretação dinâmica e contextualizada da realidade a ser investigada.

Após esta introdução, seguem os três capítulos em que será realizada a discussão da investigação, quais sejam: 1. Tradição autoritária no Brasil: contexto histórico, político e socioeconômico; 2. Instrumentos de justiça negocial; e 3. Garantias processuais. Sendo seguidos pelas considerações finais em que será estabelecida a correlação entre os três capítulos de discussão.

## 1. TRADIÇÃO AUTORITÁRIA NO BRASIL: CONTEXTO HISTÓRICO, POLÍTICO E SOCIOECONÔMICO

O recorte a ser analisado nesta pesquisa para tratar de justiça negocial será exclusivamente no âmbito brasileiro. Para isso, é preciso realizar

uma contextualização tanto em sentido histórico, quanto político e socioeconômico do Brasil contemporâneo.

Não parece possível compreender o Brasil atual sem se considerar o sistema que esteve vigente no país por três séculos e meio, e aqui se fala sobre o sistema escravista. O sistema autoritário e de subjugação humana somente foi abolido no ano de 1888 e suas influências permeiam a sociedade brasileira até os dias atuais.

Conforme Jessé Souza, “no Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro. Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão” (SOUZA, 2019, p. 42). Partindo desse pressuposto, seria pouco científico se proceder com esta pesquisa sem se abordar as raízes do autoritarismo brasileiro, ponto que será fundamental para a discussão que se seguirá.

A sociedade colonial dividia-se, basicamente, em senhores e escravos. Os primeiros eram os detentores das terras, do dinheiro, do prestígio, eram os detentores do poder; os últimos, estavam limitados a servir sem questionar e a serem desumanizados, posto que retirados de seus lares, privados de sua cultura, proibidos de suas crenças, restava-lhes apenas a submissão à condição de não-pessoa, de força braçal de trabalho e que, portanto, poderia ser sujeita a quaisquer tipos de punições, castigos e humilhações.

Para além do poder físico, é preciso compreender que não se sustenta um sistema por tanto tempo sem que haja um exercício de poder hegemônico. É preciso que se incutam as ideias dominantes, para além da força. Nesse sentido, Gramsci distingue domínio de hegemonia, considerando a hegemonia como “direção intelectual e moral” e domínio como “exercício de poder”, para o autor, uma força ou um grupo que pretende exercer a direção deve ser hegemônico antes de dominar, mas mesmo depois da dominação deve seguir hegemônico (ZAFFARONI; SANTOS, 2020, p. 148).

Sobre este ponto, de difusão das ideias das classes dominantes, também se pode trazer Jessé Souza que afirma que essas ideias passam a fazer parte da vida das pessoas comuns e passam a conduzir a vida dessas

peças, bem como seu comportamento, ainda que elas não tenham a mínima consciência desse processo. Para o autor, isto se dá por um movimento contínuo ideológico que promove uma ação de convencimento ao longo do tempo, conseguindo manejar a percepção de vida e a própria organização prática e social de um grande número de pessoas (SOUZA, 2019, p. 21-22).

Dada a característica de ação continuada no tempo, por óbvio o autoritarismo da sociedade escravista não se encerra com a abolição, ele continua a justificar políticas e comportamentos, mesmo depois do marco histórico de 13 de maio de 1888.

No ano seguinte, o Brasil, por meio de um golpe militar, rompe com a estrutura monárquica e passa a ser uma república. Diante dessa situação, faz-se necessária a elaboração de uma nova constituição, promulgada em 1891. A Constituição de 1891 expande a competência legislativa processual. Isto é, os estados estavam, então, autorizados a legislar sobre matéria processual. Esse contexto pluralista dificulta a criação de uma identidade e de uma doutrina processual penal no país.

Em 1930, por meio de mais um golpe militar, Getúlio Vargas assume o poder como presidente do Brasil. Seu governo é marcado pela aproximação com os ideais fascistas. Em 1934 é promulgada uma nova Constituição em que se atribui novamente a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual. Entretanto, em 1937, iniciando o período mais autoritário de seu governo, Vargas outorga/decreta uma nova Constituição.

Getúlio Vargas promove um Estado de guerra no Brasil, instituindo um regime autoritário e de concentração de poderes nas mãos do Presidente da República. Para citar alguns exemplos do autoritarismo de Vargas: o art. 122 da Constituição institui as situações em que fica autorizada a aplicação de pena de morte no país; o art. 139 retira o direito de greve dos trabalhadores; o art. 178 dissolve o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais; garantindo o art. 180 que o Presidente da República passa a ter o poder de governar por decretos-leis em matérias que forem de competência da União.

Nesse contexto, o presidente decreta em 1940 o Código Penal e em 1941 o Código de Processo Penal, este vigente até os dias de hoje. O

CPP é proposto por Francisco Campos, Ministro da Justiça de Vargas, e tem como fonte de inspiração o Código Rocco – Código de Processo Penal Italiano, de 1930 – fascista. A influência fica evidente na exposição de motivos do Código brasileiro, ao justificar Francisco Campos o viés autoritário e de Estado total forte da legislação, em que Campos refere-se abertamente a essa influência e utiliza-se de palavras do próprio Rocco. Além disso, o ministro adota um discurso de defesa social para justificar a mitigação de direitos e garantias, segundo Campos, para uma enérgica repressão da criminalidade (CAMPOS, 1941, p. 1-2).

Assim como o Código de Processo Penal, de 1941, o Código Penal, de 1940 também traz um viés de extremo autoritarismo. Ambos decretados sob um regime totalitário e tendo como fundamento o positivismo italiano e a defesa social. Diversos institutos desses movimentos são incorporados aos códigos, entre eles a análise da personalidade e da periculosidade, que conferem alto grau de subjetividade à análise do julgador. Desloca-se a preocupação com a aplicação da lei para a defesa social, ainda que para isso sejam suprimidos direitos. O CPP de 1941 traz ainda, em nome dessa defesa social, a redução das nulidades e a mitigação do princípio *in dubio pro reo* – talvez daí variando o famigerado *in dubio pro societate*. Getúlio Vargas governa o país até 1945.

Alguns anos mais tarde, em 1964, o país passa por outro golpe militar e por mais um longo período de administração autoritária. O regime passa a decretar Atos Institucionais (AIs), sendo o mais conhecido deles o AI-5, de 1968. O Ato Institucional Nº 5 é composto por 12 artigos e inclui o Ato Complementar Nº 38, este é o dispositivo que fecha o Congresso Nacional sem previsão de reabertura. Entre outras disposições, o AI-5 suspende a concessão de *habeas corpus* e suspende as liberdades, previstas na Constituição, de realização de reuniões e de expressão. Além disso, o Ato permite a cassação de mandatos, a cassação de direitos de cidadania e institui o julgamento por tribunais militares, de crimes políticos – vale ressaltar, sem direito a recurso (SCHWARCZ, 2018). O Ato não tinha prazo de vigência e inaugurava um período ainda mais sombrio da ditadura militar no Brasil. O regime militar esteve vigente no país até o ano de 1984.

A expectativa democrática parece ganhar ares de realidade com a Constituição de 1988. Conhecida como Constituição Cidadã, ela se funda sobre princípios garantistas e eleva os direitos humanos e fundamentais à categoria de proteção essencial pela ordem jurídica.

A grande questão é que, apesar da promulgação da Constituição, as instituições permanecem as mesmas. E se as instituições são as mesmas e os atores que a compõem são os mesmos, cabe questionar até que ponto pode haver uma ruptura com o autoritarismo já incutido durante séculos na cultura dessas instituições.

## 2. INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA NEGOCIAL

A justiça negocial está intrinsecamente ligada ao conceito de eficiência. Esta lógica economicista pauta os instrumentos desse tipo de justiça para que haja uma rápida resposta com o melhor resultado possível. Os instrumentos de justiça negocial são aqueles que pressupõem, como o próprio termo designa, a igualdade entre as partes no sentido de uma negociação acerca da demanda. Geralmente, associa-se a justiça negociada ao sistema acusatório – com destaque para a sua aplicação no sistema estadunidense – ao que se podem proceder diversas reflexões.

Para Gabriel Anitua, o que justifica a implementação da justiça negocial é a tentativa de simplificação do processo penal para que ele ofereça respostas mais rápidas, por meio de procedimentos abreviados. O autor, no entanto, alerta para o fato de que a simplificação do processo num sistema inquisitorial ou ‘inquisitorial reformado’ pode acarretar um processo ainda mais autoritário (ANITUA, 2015, p. 45). O autor não é o único a dispor nesse sentido. Jacinto Coutinho também alerta para o perigo da supressão de direitos num contexto de processo autoritário – especialmente num contexto de processo neoliberal – o que, segundo ele, seria o caso do processo penal brasileiro (COUTINHO, 1999, p. 47).

Luigi Ferrajoli é categórico em afirmar que a justiça negociada é, na verdade, o oposto da essência de um sistema acusatório. Para o autor, o contraditório – princípio do sistema acusatório – é exercido plenamente quando há, de fato, uma confrontação pública e antagônica, mas com



reais condições de igualdade entre as partes. Não é possível que as partes pactuem condições desiguais e isso seja considerado acusatório. O autor define o pacto em matéria penal como um intercâmbio perverso, posto que para ele, exercido sob condições de total desigualdade entre as partes (FERRAJOLI, 1995, p. 748).

A premissa da igualdade de partes nos mecanismos negociais no processo penal é taxada como falaciosa por Vinícius Vasconcellos. O autor afirma que existe uma disparidade de poderes, que confere ao órgão acusador possibilidades muito maiores de exercer pressão e manejar as acusações, e que essa desproporcionalidade acaba por prejudicar a parte mais frágil na negociação, o acusado (VASCONCELLOS, 2015, p. 184).

A justiça negociada, portanto, não parece ser necessariamente uma justiça característica do sistema acusatório. Como conclui Aury Lopes Junior, ela não se configura como uma condição para um processo penal de partes. Não obstante seja irreversível a aplicação desses mecanismos, especialmente pela alta demanda do sistema judiciário, o autor alerta para o fato de que os mecanismos de justiça negociada devem ser utilizados com parcimônia e fundamentados de modo a respeitar as garantias processuais (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1241).

No bojo dos mecanismos de justiça negocial, os dois institutos selecionados para análise nesta pesquisa são a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

## 2.1. COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei de Organizações Criminosas, Lei Nº 12.850/2013, recentemente alterada pela Lei Nº 13.964/2019. Conforme o disposto na legislação, “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (BRASIL, Lei Nº 12.850, art. 3º-A). A definição, portanto, evidencia o caráter negocial da colaboração.

O instituto ganhou destaque a partir da famigerada Operação Lava Jato. O Ministério Público Federal e os meios de comunicação em mas-

sa deram ampla divulgação com relação aos acordos celebrados e o teor dos acordos passou a ser objeto de diversas críticas de juristas, especialmente pela ampla utilização de condições não-legais.

Canotilho e Brandão definem a colaboração premiada como uma negociação pelo Estado da própria Justiça em prol da incriminação de terceiros. A delação realizada por um integrante de uma organização criminosa é, especificamente, com relação à imputação de condutas, para além dele próprio, a outros integrantes da organização. Alertam, ainda, para o fato de que o negócio jurídico deve estar estritamente condicionado pela reserva legal, caso isso não aconteça, incorre-se numa deturpação do próprio Estado democrático de direito (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 146-147). Portanto, não é sem motivo que os acordos da operação citada sejam alvo de duras críticas.

Vale ressaltar que a colaboração premiada se insere na Lei de Organizações Criminosas e que, portanto, somente pode ser utilizada como meio de obtenção de prova nesse tipo de investigação. Novamente, deve-se primar pelo princípio da legalidade.

Assim também, a colaboração não deve ser utilizada fora do processo que lhe deu origem. Nesse ponto, a Lei 13.964/2019, que modificou a Lei de Organizações Criminosas, deixa uma possibilidade perigosa no art. 3º-B, §6º, que dispõe: “Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade” (BRASIL, Lei 12.850, art. 3º-B, §6º). Ora, considera-se um grave desrespeito às garantias que se defina que apenas no caso de a desistência do acordo ocorrer por parte do celebrante, as informações não possam ser utilizadas para outra finalidade. Faz-se mister que, em qualquer caso de desistência de celebração do acordo, as informações prestadas de boa-fé pelo colaborador não possam ser utilizadas.

Os acordos celebrados no âmbito da Operação Lava Jato trazem uma série de violações a garantias e direitos fundamentais. Configuram amplos espaços de invenção normativa por parte do Ministério Público, os quais serão investigados em outras pesquisas, já que não se adéquam ao objeto aqui proposto para análise.

Com o advento da Lei 13.964/2019, o instituto da colaboração premiada ficou mais bem-conceituado e um tanto mais bem definido, não obstante as críticas que ainda possamos fazer a partir de um estudo mais minucioso dos dispositivos incluídos na Lei de Organizações Criminosas.

## 2.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

Outro mecanismo que se enquadra como instrumento de justiça negociada é o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil tem seu início em 2017, instituída pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. O fato de ser aplicado inicialmente a partir de uma resolução funda a aplicação do instituto, até o ano de 2019, em uma importante discussão. O referido Conselho teria usurpado a função legislativa designada pela Constituição Federal, no art. 22, I que dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual (BRASIL, Constituição Federal, 1988). A positivação do ANPP por meio da inclusão do art. 28-A ao Código de Processo Penal, pela Lei 13.964/2019 – que passa a ter vigência em 2020 –, põe fim à discussão.

Para a proposição do acordo é necessário que não seja caso de arquivamento e que a pena mínima para a infração penal seja inferior a quatro anos. O acordo é um compromisso pelo Ministério Público de não oferecimento da denúncia, mediante o cumprimento das condições ajustadas e formalizadas por escrito.

A primeira ressalva que se deve fazer é com relação à confissão da prática da infração penal. Segundo o texto do art. 28-A, a confissão é condição *sine qua non* para a celebração do artigo (BRASIL. Decreto-Lei 3.689/1941). Aqui se questiona qual a real necessidade da confissão para a validade de tal instituto. Ao confessar, o acusado abre mão de seu direito fundamental à não autoincriminação, abre mão do direito a ficar em silêncio. Ressalta-se, sem a confissão não há possibilidade de celebração de acordo.

Existe a pressuposição, considerando a primeira parte do artigo, de que o Ministério Público já tenha elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, já que o acordo só pode ser celebrado quando não

for o caso de arquivamento. Se o órgão já tem os elementos suficientes para o possível oferecimento de denúncia, qual o sentido da confissão para a celebração do acordo?

A outra questão a ser observada é a da voluntariedade dessa confissão. Apesar de o acusado ter que ser assistido por seu defensor, é possível questionar a voluntariedade de uma condição que se apresenta como obrigatória. Observa-se aqui um paradoxo. Pode-se argumentar que o acusado tenha a possibilidade de aceitar ou não confessar a prática da infração penal, entretanto, caso ele decida por não confessar ele abre mão do acordo e autoriza o Ministério Público a oferecer a denúncia, não parece proporcional.

Ainda com relação à voluntariedade, é possível levantar o questionamento sobre a real condição de igualdade processual entre acusado e órgão acusador. De um lado, tem-se a máquina estatal que investiga, produz indícios e acusa e, de outro, o acusado assistido por seu defensor. Nesse caso, não se demonstra equilíbrio das partes na negociação. Jacinto Coutinho afirma que a tendência do MP é agir como parte, o que de fato ele é, ou seja, ele busca atingir seus próprios interesses ou vencer na negociação (COUTINHO, 2019).

Reza o § 4º do art. 28-A que a voluntariedade do investigado para a celebração do acordo de não persecução penal será verificada pelo juiz na audiência de homologação do acordo. “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade” (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689/1941). A grande questão é que não há, no texto legal, qualquer requisito objetivo elencado para aferição dessa voluntariedade. A única condição que se coloca é que o juiz o faça a partir da oitiva do investigado. Aqui, portanto, verifica-se um espaço amplo para o decisionismo do magistrado.

O §1º do art. 28-A ressalta ainda que “para a aferição da pena mínima cominada ao delito [...] serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689/1941). Nesses termos, pode-se inferir que há um aumento substancial do poder do órgão acusador. Parece ser no sentido de mitigar

essa discricionariedade que se institui no § 5º que o juiz poderá devolver os autos ao Ministério Público para a reformulação da proposta de acordo. Nesse caso, retorna-se ao juiz a função de analisar, por exemplo, essas causas de aumento e diminuição de pena. Existe, ainda, no § 7º a possibilidade de recusa do juiz à homologação, caso ele entenda que a proposta não atenda aos requisitos legais ou ainda que não seja realizada a referida adequação da proposta (BRASIL. Decreto-Lei 3.689/1941).

Outro ponto que merece destaque com relação ao acordo é a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Não poderia ser diferente, já que o acordo é importado de um sistema onde impera o princípio da oportunidade e não seria possível sua aplicação sem a flexibilização desse princípio. Caso o princípio da obrigatoriedade da ação penal fosse tomado como absoluto, as únicas alternativas do Ministério Público seriam o oferecimento da denúncia ou o arquivamento, sendo inviável uma terceira opção, como a do acordo de não persecução penal. Sobre este ponto, Vinícius Vasconcellos defende que há uma “oportunidade legalmente regulada”, o autor evita a contraposição entre oportunidade e legalidade – legalidade esta que confere a obrigatoriedade da ação penal vinculando o Ministério Público – e alega que há situações em que a própria lei permite momentos de oportunidade, como no caso da proposição de ANPP (VASCONCELLOS, 2015, p. 51). Juarez Cirino dos Santos define essa hipótese tão somente como princípio da oportunidade. Para o autor, esse princípio representa exatamente a definição de exceções ao princípio da legalidade (SANTOS, 2008, p. 674).

Sobre o oferecimento do acordo de não persecução penal, não parece se configurar como uma faculdade do Ministério Público. O artigo que regulamenta o instituto deixa claros os requisitos para a celebração do acordo. Mais que isso, o § 14 dispõe sobre a possibilidade de, em caso de recusa de proposição do acordo pelo Ministério Público, o acusado recorrer ao órgão superior. É verdade, pode-se compreender, que há um espaço aberto de discricionariedade ao órgão acusador logo no caput do art. 28-A, quando ele dispõe que o acordo poderá ser proposto “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689/1941). Aqui pode residir uma considerável armadilha interpretativa, que deixa a critério do órgão acusador

a definição dessa necessidade e suficiência, portanto, é um ponto que merece cuidado.

### 3. GARANTIAS PROCESSUAIS

A primeira garantia a ser destacada nesta pesquisa é o próprio direito ao processo, ou ao devido processo legal. O termo *due process of law* aparece, pela primeira vez, na reedição de 1354 da Magna Carta inglesa. Em tradução livre, o texto inserido na cláusula 29 diz que nenhum homem será expulso de suas terras, levado, deserdado ou condenado à morte sem que possa responder pelo devido processo legal (VITORELLI, 2018, p. 112).

Kant de Lima argumenta que o *due process of law* não corresponde necessariamente ao devido processo legal brasileiro e que esta tradução apressada se dá de forma equivocada. Isto porque, o *due process of law*, em primeiro lugar, configura-se como uma opção do acusado nos Estados Unidos e prevê direitos diversos dos descritos no ordenamento brasileiro; em segundo, porque não há regras de exclusão de evidências, como no sistema estadunidense; e, em terceiro, porque, no devido processo legal, não se criminaliza a mentira dita pelo réu, ao contrário do que ocorre nos EUA (KANT DE LIMA, 1999, p. 29).

Embora se reconheça a profundidade e importância da discussão, nesta pesquisa, como opção metodológica, leva-se em consideração as semelhanças entre os institutos, não obstante haja divergências consideráveis.

A Constituição Federal do Brasil prevê no art. 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, Constituição Federal, 1988). O que se observa na norma constitucional é a interpretação presente nesta pesquisa, o texto da constituição assemelha-se ao disposto na Magna Carta inglesa e na Constituição estadunidense, reforçando a compreensão de que o constituinte assim interpretou o devido processo legal.

Uma outra garantia processual garantida pela Constituição brasileira e que é essencial para o desenvolvimento deste estudo é o direito ao silêncio. O art. 5º, LXIII dispõe sobre esse direito e, ainda, sobre o di-

reito a ser informado que pode ficar em silêncio (BRASIL, Constituição Federal, 1988). O direito também encontra fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. O art. 8, 2, g dispõe que durante o processo penal toda pessoa tem direito à garantia mínima de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (CIDH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

Percebe-se, a partir da observância dos dispositivos, a importância do direito ao silêncio, do direito à não confissão. A garantia está expressa tanto no nível constitucional quanto em nível de tratado internacional de Direitos Humanos.

A Constituição Federal institui ainda como premissa do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa. A norma constitucional transcrita no art. 5º, LV, garante que todos os que componham o processo como partes tenham assegurados esses direitos. Mais do que somente o direito a se defender de qualquer ato durante o processo, o princípio do contraditório garante que haja – numa interpretação contemporânea – a garantia da paridade de armas (PACELLI, 2021, p. 75).

Para além do contraditório como garantidor da participação da parte no processo, a ampla defesa garante a realização efetiva dessa participação por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva, utilizando para isso qualquer meio de prova hábil e lícito para a prova da inocência do acusado no processo penal (PACELLI, 2021, p. 80).

Estabelecidos os institutos de garantia do processo penal, para fins desta pesquisa, cabe, então o encaminhamento para a conclusão deste estudo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a investigação dos limites da justiça negocial no processo penal cuidou-se, neste artigo, de, inicialmente, realizar um resgate histórico sobre o autoritarismo na sociedade e no sistema processual brasileiro. A tradição autoritária no país tem início com a colonização de exploração e a implementação do sistema escravista no país. O discurso autoritário permeia o modo de vida da sociedade brasileira, desde o ambiente doméstico até o funcionamento do Estado.

Após o fim da escravidão e com a transformação do país em República, o autoritarismo continua se manifestando dentro de regimes totalitários que se estenderam durante várias décadas no país, com destaque para a ditadura Vargas e o golpe militar de 1964. O Código de Processo Penal brasileiro, decretado durante o governo de Getúlio Vargas e de inspiração fascista, é a legislação que regula o processo penal até os dias de hoje no país.

A Constituição Cidadã de 1988 inaugura tempos de sinalização democrática e indica um caminho para um processo penal menos inquisitorial e mais inclinado à acusatoriedade. Ainda assim, há a relutância na edição de um Código de Processo Penal que atenda aos anseios constitucionais. Nota-se a ausência de transição para o regime democrático e a resistência na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Os mecanismos de justiça negocial, baseados na lógica contratual podem representar o efeito oposto ao que se propõem - pelo menos em nível discursivo. A cultura inquisitorial presente no sistema criminal brasileiro pode manejar esses institutos para tornar o processo penal ainda mais autoritário.

Os institutos são fundamentados a partir da ideologia neoliberal e, em grande parte das vezes, atendem a uma visão economicista e utilitarista. Esse viés fomenta, na verdade, a falta de paridade de armas e os amplos espaços de discricionariedade na aplicação dos mecanismos de justiça negocial.

São pontos fundamentais a serem destacados na aplicação dos mecanismos analisados nesta pesquisa, quais sejam a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal: os espaços de discricionariedade concedidos à máquina estatal; a incriminação de terceiros; a necessidade de confissão pelo acusado; a desproporcionalidade de poderes processuais; a falta de liberdade e voluntariedade do acusado e a flexibilização do princípio da legalidade.

As principais garantias processuais consideradas para a realização desta pesquisa foram: o devido processo legal; o direito ao silêncio; e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

À guisa de concluir, a partir da tradição autoritária fortemente presente no sistema de justiça criminal brasileiro, dos institutos analisados e dos princípios de garantia processual, entende-se que há a violação das garantias processuais em nome da celeridade processual.



Em nome da rápida resposta penal demandada pela sociedade, atropela-se o devido processo legal, suprimindo-lhe procedimentos necessários à defesa do acusado. Uma das mais graves violações verificadas é a supressão do direito ao silêncio por meio da implementação de mecanismos que preveem expressamente a necessidade de confissão pelo acusado. Além disso, o abreviamento do processo impossibilita o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de institutos de característica pré-instrucionais - portanto, estabelecidos ainda em sede de investigação.

Portanto, é de se recomendar extremo cuidado na aplicação dos mecanismos de justiça negocial num sistema como o brasileiro. A cultura inquisitorial arraigada no nosso sistema de justiça criminal pode acarretar graves violações de garantias processuais e conduzir o processo penal brasileiro por um caminho ainda mais autoritário e chancelador das mais variadas injustiças.

## REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, em las reformas procesales latino-americanas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, v. 1, ano 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/3/23>. Acesso em: 26/09/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26/09/2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 26/09/2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26/09/2022.

BRASIL. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 26/09/2022.

CAMPOS. Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal.** Disponível em: [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 26/09/2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Editora RT, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 26/09/2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Curitiba: UFPR, v. 31, p. 37-49, 1999. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1864/1559>. Acesso em: 26/09/2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim do IBC-CRIM,** ano 27, n. 317, 2019. Disponível em: <https://www.ibc-crim.org.br/publicacoes/edicoes/75/748>. Acesso em: 26/09/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1995.

- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 13, p. 23-38, 1999. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39241/24062>. Acesso em: 26/09/2022.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. Os 50 anos do AI-5. Lembrar para não esquecer. **Lilia Moritz Schwarcz**. Publicado em 25 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.liliaschwarcz.com.br/conteudos/visualizar/Os-50-anos-do-AI-5-Lembrar-para-nao-esquecer>. Acesso em: 26/09/2022.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VITORELLI, Edilson. O devido processo legal nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (coord.). **História do Processo**. Londrina-PR: Editora Exegese, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

# PRISÃO PREVENTIVA: SEM PRAZO DE EXECUÇÃO OU EXECUÇÃO DA PENA ANTECIPADA

*Jonatan da Silva Dinar*<sup>80</sup>

*Sabrina Ribeiro dos Santos*<sup>81</sup>

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios do Estado e com o nascimento da prisão com intuito de solucionar as lides sociais, meio prisional este que não era visto como a pena fim para os conflitos e sim um meio de segurar o acusado para que nele executassem uma pena física, entretanto com o passar do tempo e com a evolução da sociedade tais maneiras não foram mais aceitas, transformando a prisão em papel principal da execução da pena, todavia existem meios de ocorrer a prisão antes de uma decisão judicial transitada em julgado, aquela que não cabe mais recursos, essas prisões são conhecidas como cautelares, assegurando que o sujeito fique preso durante a fase de investigação e processo judicial.

O sistema jurídico brasileiro possui uma enorme morosidade processual, fazendo com que o acusado que deveria cumprir a prisão preventiva por pou-

---

80 Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, Advogado (OAB nº 117.056) e Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Estácio de Sá/CERS.

81

co tempo, sendo essa a essência da medida cautelar, acaba cumprindo sem um limite temporal gerando uma lacuna legal a respeito do prazo da medida cautelar. Criando assim uma execução da pena sem uma sentença condenatória transitada em julgado. Para solucionar a lacuna legal buscou-se através de medidas alternativas, assim evitando ao máximo a prisão preventiva.

Em um primeiro momento é demonstrado um histórico evolutivo do sistema e modos prisionais, a seguir exhibe-se os meios de prisões cautelares que existem atualmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Com ênfase na espécie de prisão preventiva que não possui prazo e vai de encontro com a morosidade processual, fazendo com que o acusado cumpra uma pena (anos) sem uma sentença transitada em julgado.

## 1. EVOLUÇÃO DAS PENAS E DO *JUS PUNIENDI* DO ESTADO

Para uma melhor compreensão do tema, é feita uma breve apresentação temporal organizando as ideias apresentadas e inserindo o leitor no tema. Na história humana o homem era vagante, estava correndo literalmente atrás da sobrevivência com o intuito de alimentar e proteger-se.

Através do avanço e desenvolvimento do homem bem como de seus meios e de seu modelo de vida, de forma lenta migra para a produção agrícola deixando de ser nômade e vivendo em pequenos grupos formando pequenas comunidades, tais grupos continuam a se aglomerar com outros e assim por diante, formando o que se conhece por sociedade com a finalidade de proteção/sobrevivência.

Devido à aglomeração das pessoas não demorou muito para ter os primeiros conflitos e lides entre os homens que vivem no mesmo local, onde ainda o que imperava era a lei do mais forte, entretanto com a vida em sociedade não demorou muito para ocorrer a formação do Estado para atender à demanda de sua sociedade, logo o Estado buscou meios para vigiar e punir quem estava a margem de seus códigos sociais à época. Assim ocorreu a formação *jus puniendi* do Estado, ou seja, o direito de punir do Estado, este que se transforma ao passar do tempo conforme se demonstra abaixo.

## 1.1 IDADE ANTIGA

O Estado na Idade Antiga tem seu início em meados do século VIII d.C. percorrendo até a chegada da queda do Império Romano no século V d.C. Nessa época já apresentava a instituição do cárcere (masmorras e calabouços), não como caráter de pena como conhecemos hoje, mas sim como meio de assegurar a não evasão do encarcerado. A pena não era a de exclusão social, mas sim física, desta forma o cárcere era uma pena acessória que ocorria antes do julgamento ou condenação.

## 1.2 IDADE MÉDIA

Na Idade Média, período que oficialmente vai de 476 d.C. a 1453 (subdividido em Alta e Baixa Idade Média) a ideia do cárcere continuou como pena meio e a pena física sendo o fim (amputação dos braços, degola, forca, suplício em fogueira, queimaduras a ferro em brasa, a roda e a guilhotina). Nesse período, com a adição do instituto do Inquérito implementado pela Igreja Católica, a supremacia mundial da época, consoante Michel Foucault (1987, p. 248).

O século XVIII inventou as técnicas da disciplina e o exame, um pouco sem dúvida como a Idade Média inventou o inquérito judiciário. Mas por vias totalmente diversas. O processo do inquérito, velha técnica fiscal e administrativa, se desenvolveu principalmente com a reorganização da Igreja e o crescimento dos Estados principescos nos séculos XII e XIII.

Ainda na Idade Média a Igreja Católica executou a conhecida Inquisição ou Santa Inquisição buscando punir os hereges, a blasfêmia, os costumes opostos à Igreja Católica e feiticeiros que praticavam crimes, opondo-se à fé católica criando dois tipos de cárcere (cárcere do Estado e o cárcere eclesiástico). O primeiro deles, o Cárcere do Estado já supracitado onde o indivíduo era privado de liberdade para aguardar a punição. O segundo, o Cárcere Eclesiástico era destinado a clérigos rebeldes (padres, bispos, arcebispos, cardeais e o papa) que ficavam retraídos em

mosteiros buscando sua penitência, ou seja, seu arrependimento ou remorso. Foi a primeira vez que surgiu o termo penitenciária no Direito Penal Canônico.

### 1.3 IDADE MODERNA

O período da Idade Moderna e Contemporânea desperta de 1453 (sistema de penalização do ser ainda era o físico), o sistema econômico e social que imperava era o feudalismo e que teve como grande marco histórico a Revolução Francesa, ocorrendo entre 1789 e 1799, devido à crise econômica francesa que possuía como alvo o término dos privilégios da classe aristocrata. Outro grande fator histórico da época foi o Iluminismo, que era um movimento intelectual defendido por grandes pensadores como: Jean-Jacques Rousseau, Adam Smith, Immanuel Kant e outros.

Estes dois fatores históricos supracitados foram de grande importância para a mudança do modo de executar as punições por intermédio do Estado, pois através da crise econômica a miséria dominou (demonstrado no livro *Os Miseráveis*, de Victor Hugo) ocorrendo em grande escala os delitos patrimoniais, que buscavam o mínimo social como a alimentação. Assim, a sociedade já não temia mais a pena corporal e deste modo tivemos a prisão como a pena fim ou o castigo final, conforme explica Michel Foucault (1987, p. 261):

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado.

O fenômeno do Iluminismo do século XVIII, também conhecido como século das luzes, é um movimento intelectual que buscava ter um viés mais liberal, dentre as suas críticas estava o método de punição aplicado pelo Estado. O movimento intelectual auxiliou no combate do

modo de punir desumano, assim ocorrendo mudança nos métodos punitivos, de acordo com Michel Foucault (1987, p. 94):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chapiers de doléances* e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”.

Assim o caráter das penas impostas pelo Estado passa de física, ou seja, da degradação do corpo humano cumulada com uma pena de privação de liberdade secundária ou pena acessória passando para um modelo punitivo que a privação de liberdade do culpado é a pena principal e final. Através desta reestruturação de modelo punitivo do Estado é que se busca por meio da privação de liberdade do ser humano penalizado, para que ele possa aprender no isolamento social e busque a ressocialização, preparando-o assim para uma reinserção social ao término da pena.

## 2. DIREITO À LIBERDADE E PRISÕES CAUTELARES

Na legislação brasileira constituída por meio de sua Carta Magna de 1988 é positivado os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, dentre eles o direito à liberdade, ainda no mesmo artigo em seus incisos menciona-se que ninguém irá ser privado da liberdade sem o devido processo legal e ainda que ninguém será culpado até que transcorra o trânsito em julgado de sentença penal que condene o acusado.

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



[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

Entretanto a legislação brasileira fornece algumas exceções que possui como gênero a prisão cautelar, esta que gera efeitos antes de haver uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, logo a prisão cautelar antecede o fim do processo, ou seja, ocorre durante a investigação policial ou o processo penal.

O objetivo não é a execução de pena do indiciado, mas sim um meio de contenção da locomoção do mesmo. O instituto da prisão cautelar deve ser usado em último caso para que ocorra o desenvolvimento natural do processo penal sem empecilhos ao mesmo. Desta forma, a prisão cautelar é gênero e dela criam-se três espécies de prisões: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

## 2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante está prevista legalmente entre os artigos 301 e 310 do Código de Processo Penal, em seus primeiros artigos traz a definição de flagrante delito conforme artigo 302 e 303 (casos de crimes permanentes) do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Este instituto do processo penal tem como fim evitar a consumação ou exaurir a infração penal, bem como trata do drible à fuga do local ou no caso de presunção de autoria de fato criminoso e sua aplicação em casos de crime permanente, aqueles que se estendem no tempo.

Quanto à regulamentação do prazo, em seu artigo 310 do Código de Processo Penal, executa-se que cabe ao Juiz no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão em flagrante fazer a audiência de custódia com a presença do acusado, advogado ou membro da Defensoria Pública e o Ministério Público, decidindo sobre e fundamentando se deve:

- a) relaxar a prisão ilegal,
- b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou
- c) converter em liberdade provisória com ou sem o uso de fiança.

Desta forma, o Juiz tem um prazo máximo de 24 horas após a prisão em flagrante para tomar uma decisão a respeito, seja ela o relaxamento da prisão ilegal (libertar o acusado de prisão injusta), converter a prisão em flagrante em preventiva (que é manter o acusado preso por algum dos motivos do artigo 312 do Código de Processo Penal) ou ainda converter a prisão em flagrante em liberdade provisória com ou sem fiança de acordo com o artigo 23, I – estado de necessidade, II- legítima defesa e III- cumprimento de dever legal ou exercício regular do direito.

## 2.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A aplicação da prisão temporária deve ser pronunciada pelo Juiz mediante representação de autoridade policial ou do Parquet (Ministério Público) e possui regulamento próprio através da Lei nº 7.960/1989, que em seu artigo primeiro traz o modo de executar, devendo ser aplicado apenas quando for imprescindível para as investigações. Operan-

do-se quando o acusado não tiver residência fixa ou não fornecer esclarecimentos suficientes para a sua identidade e quando existir razões que comprovem autoria e/ou participação em alguns crimes conforme o artigo 1º, inciso III da lei da prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

O período normal da prisão temporária é de 5 dias sendo prorrogável por igual período conforme o artigo 2º da Lei nº 7.960/1989 em caso de extrema e comprovada necessidade conforme o legislador, logo o Juiz pode prender temporariamente por um prazo máximo de 10 dias.

Exceção a este prazo temos a Lei nº 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos), que traz um prazo maior para os crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas bem como para o crime de terrorismo, sendo o lapso da prisão temporária segundo o artigo 2º, §3º de 30 dias prorrogável por igual período, sendo no máximo 60 dias.

## 2.3 PRISÃO PREVENTIVA

A última espécie da prisão cautelar e cerne da discussão é a prisão preventiva inserida a partir do artigo 311 até o artigo 316 do Código de Processo Penal que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal e não possui prazo mínimo ou máximo de duração definido por lei. Tendo como objetivos assegurar os direitos conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

As prisões cautelares supracitadas devem ser usadas para assegurar o desenvolvimento natural do processo e ter a aplicação do instituto em *ultima ratio*, ou seja, devem ser usadas em últimos casos, pois podem trazer reflexos irreparáveis às partes envolvidas direta ou indiretamente na lide processual.

### 3. INEXISTÊNCIA DE PRAZO E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A prisão preventiva como explicado anteriormente é uma das espécies do gênero de prisão cautelar que busca garantir a execução do processo penal sem a fuga do acusado, assim fornecendo segurança jurídica para que ele seja julgado e garantindo a aplicação penal, contudo em contraponto`, a mesma quando usada de forma errônea como veremos no caso *Magnum Roberto Cardoso* deixa de ter seu papel de segurança jurídica e por não possuir prazo máximo se torna um perigo à duração razoável de um processo penal.

#### 3.1 A INEXISTÊNCIA DE PRAZO

O Código de Processo Penal Brasileiro em seu Capítulo III – que trata da prisão preventiva, nada fala sobre o prazo máximo, tal quietude em nossa legislação deixa uma ampla discussão levantada pela doutrina sobre o assunto.

Desta forma, com a falta de período máximo praticado com a medida da prisão preventiva, torna-se uma antecipação de cumprimento da pena, que é imposta ao acusado. O legislador ao executar e criar a lei

deve ter um maior apreço balizando e definindo um tempo certo para que não se torne uma espécie de condenação sem ter um processo penal com trânsito em julgado.

A prisão preventiva quando decretada pelo juiz não possui o mínimo de parâmetro para seu tempo de aplicação, desta forma como se falar em excesso ou não da aplicação de tal dispositivo processual penal. A incoerência axiológica entre a medida cautelar que seria um gênero e a prisão preventiva que seria uma de suas espécies vai contra sua natureza que seria a provisoriedade devido à inexistência de prazo.

Os doutrinadores ao tentarem solucionar essa lacuna chegaram a alguns prazos conforme Magnum Roberto Cardoso, mas não se teve uma legislação no mesmo sentido:

Na tentativa (infrutífera, diga-se de passagem) de suprir essa lacuna, grande parte da doutrina chegou ao número de 81 dias, somando os prazos para todos os atos que compõem o antigo procedimento comum ordinário, divergindo apenas na forma dessa contagem, se global ou isolada.

Atualmente, também utilizando o procedimento comum ordinário com as alterações produzidas pelas Leis 11.689/08 e 11.719/08, chegamos ao prazo mínimo de 95 dias, porém a depender das peculiaridades do caso concreto, esse prazo pode chegar a 190 dias.

Mesmo assim muitos excessos continuam a ocorrer e isso explode midiaticamente de forma recorrente, grande exemplo foi o caso do lavrador Valmir Romário de Almeida que ficou 11 anos preso sem ir a julgamento. O acusado era investigado por matar seu ex-cunhado com uma machadada no ano de 1998. Mesmo se julgado com a pena máxima já teria tido o direito à progressão de regime segundo a Lei nº 7210/84, Lei de Execuções Penais, também conhecida como LEP. Torna-se cada vez mais necessária a discussão de um prazo temporal máximo para a aplicação do instituto da prisão preventiva no Brasil.

Não há nenhuma previsão expressa da duração máxima da prisão preventiva, contudo no ano de 2019 se teve evolução legislativa quanto

ao reexame conforme infracitado no artigo 316 do CPP, onde deverá o órgão que emitiu a prisão preventiva revisar se ainda há necessidade a cada 90 dias fundamentando a mesma. Este avanço ocorreu através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde o requerente foi o Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Desta forma, a prisão preventiva não fornece um prazo máximo para sua prisão, mesmo com a atualização legislativa do ano de 2019 para realização de uma manutenção a cada 90 dias, nada regulamentou-se sobre o prazo da prisão deixando em aberto e gerando uma lacuna legal que gera debate jurídico. Demonstrado que tal vazio legal traz insegurança jurídica ao processo judicial devido ao instituto da prisão preventiva ser uma medida cautelar e seu intuito não é executar uma pena que não foi nem sentenciada ao acusado, mas sim salvaguardar o indicado para responder ao processo penal.

### 3.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

O processo penal brasileiro sofre de tamanha morosidade quanto à sua duração, desta forma quando ocorre o fim do processo o investigado mesmo se inocente sofre devido ao julgamento social, nesse sentido expõe o renomado escritor do livro *Dos delitos e das penas*, Cesare Beccaria (1764, p. 39):

Quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa. Porque poupará ao

acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza.

A duração razoável do processo é um fator determinante como garantia jurídica sendo legislado pela Convenção Americana de Direitos Humanos no Pacto de São José da Costa Rica de 1969 em seu artigo 8.1. Cabe ressaltar que o Brasil é signatário de tal pacto.

8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ainda nesse sentido através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foi inserido no artigo 5º da Magna Carta o inciso LXXVIII, que assegura a todos no âmbito judicial ou administrativo a razoável duração do processo e garante meios para sua celeridade. Contudo ainda temos inúmeros casos que a morosidade impera, como o exemplo supracitado do lavrador Valmir Romário de Almeida que ficou 11 anos preso preventivamente, aguardando o desenrolar de seu processo judicial.

Outro caso brasileiro que ganhou repercussão internacional por não respeitar o direito a uma duração razoável do processo foi o episódio Damião Ximenes Lopes, onde o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), expõe Aury Lopes Junior (2019, p. 97):

Censurando a indevida dilação que o processo penal teve no caso em tela, a Corte proferiu a primeira sentença condenatória por violação do disposto no art. 8.1 da Convenção e também consagrado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira. Em que pese não se tratar de uma demanda por violação exclusiva desse direito e tampouco ter como reclamante o réu (mas sim a família da vítima), a condenação é um marco histórico na matéria.



Sinaliza, ainda, os critérios para aferir-se a violação do direito ao processo penal no prazo razoável.

Caso este que trata da morte de Damião Ximenes Lopes em 04 de outubro de 1999 em uma Casa de Repouso de Guararapes três dias após sua entrada. Segundo o médico da Casa de Repouso de Guararapes afirmou que a morte ocorreu por parada cardiorrespiratória, não ordenando que ocorresse a necropsia. Apesar de laudo do Instituto Médico Legal (IML) pedido pelo Ministério Público apontar lesões que poderiam ser consequências de espancamentos e tombos, apresentando que os machucados teriam sido provocados por instrumentos contundentes. A decisão de primeira instância ocorreu apenas em junho de 2009.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto processual jurídico das prisões cautelares tem grande importância para a segurança jurídica no Brasil devendo ocorrer em últimos casos para evitar o erro, mas necessário para que ocorra o processo como um todo. Desta forma, ficou demonstrado anteriormente que o instituto da prisão preventiva sofre de um certo grau de descontrole em seu uso. Por vezes que se tornam públicas as atrocidades do mau uso de tal instituto, pessoas acusadas de crimes ficam anos presas de forma preventiva sem ter seu processo julgado, ou seja, cumprindo uma pena que nem sequer foi sentenciada, mas visto como um culpado pela sociedade leiga que julga, sem ter sentença condenatória transitada em julgado.

A perda objetiva do instituto da prisão preventiva causa entre os problemas mais conhecidos a superlotação carcerária, a morosidade processual, um julgamento social de uma sentença que ainda não ocorreu dentre outros.

Entre as possíveis soluções para tal problema podem se dar uma medida cautelar regulamentada através de um prazo adequado para a prisão preventiva, ainda como desenlace meios alternativos conforme trouxe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em seu guia para reduzir o quadro de prisões preventivas, dentre as soluções o uso de mecanismos de monitoramento eletrônico – que consiste na vigilância

do acusado através de um dispositivo eletrônico que rastreia e posiciona a pessoa em sua localização física e ainda a CIDH traz o instituto da justiça restaurativa que compõe-se de o acusado e pessoas que sofreram o impacto da ação delituosa participarem conjuntamente por intermédio de um auxiliador para solucionar as questões que originaram a prática do crime.

Não devemos ver com maus olhos o instituto da prisão cautelar e suas espécies, mas sim notarmos que existe um melhor caminho a ser tomado sobre elas. Fica demonstrado que a prisão preventiva não soluciona os problemas jurídicos brasileiro, mas sim os intensifica. Os institutos cautelares são necessários à aplicação da justiça, contudo há meios para melhorar e evoluir os processos e procedimentos da justiça, não tornando o acusado um culpado sem a existência de um processo em definitivo.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores (1764). Disponível em: [https://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/e-books/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](https://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf). Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (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: 19 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.960. **Prisão Temporária (1989)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL, **Pacto São José da Costa Rica (1969)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 19 set. 2022.

- CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Precisamos conversar sobre a duração razoável da prisão preventiva.** Acesso em: <https://canalcienciascriminais.com.br/precisamos-conversar-sobre-a-duracao-razoavel-da-prisao-preventiva/>. Acesso em: 17 set. 2022.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Guia prático para reduzir a prisão preventiva (2017).** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.
- CONSULTOR JURÍDICO. **Lavrador fica preso 11 anos sem ir a julgamento (2009).** Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-26/lavrador-fica-presos-11-anos-ir-julgamento-es>. Acesso em: 16 set. 2022.
- ESCOLA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PENITENCIÁRIO. **A história das prisões e dos sistemas de punições.** Acesso em: <http://www.espen.pr.gov.br/Pagina/historia-das-prisoes-e-dos-sistemas-de-punicoes>. Acesso em: 16 set. 2022.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/80996/mod\\_resource/content/1/Texto%209%20Vigiar%20e%20punir.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/80996/mod_resource/content/1/Texto%209%20Vigiar%20e%20punir.pdf). Acesso em: 18 set. 2022.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.



# **ARTIGOS – FAMÍLIAS**



# MULTIPARENTALIDADE: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SEU RECONHECIMENTO

*Gabriel da Silva Pereira*<sup>82</sup>

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, as relações de afeto muitas vezes ultrapassam as formas tradicionais de projetos familiares. A multiparentalidade cuida da possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de recorrerem aos princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantido o estabelecimento de vínculos parentais, a partir do seu reconhecimento no registro civil e conseqüentemente seus direitos e deveres.

O propósito deste artigo é analisar a família socioafetiva, seu reconhecimento no registro civil e ainda sobre quem recairá o ônus de assumir com a obrigação do poder familiar, alimentos, guarda, visita, direitos previdenciários e sucessórios.

A problemática do presente estudo é a falta de regulamentação jurídica sobre as consequências da multiparentalidade. A justificativa é que existem decisões já reconhecendo a multiparentalidade, mas ainda não

---

82 Bacharel em Direito (2019), Especialista em Direito Público (2020), Especialista em Direito Processual Civil (2020), Especialista em Direito Constitucional Aplicado (2021), especializando-se em Publicidade e Propaganda e em Direito Penal e Processual Penal.

se normatizou sobre suas consequências no direito de família, sucessório e previdenciário.

## 1. DA FAMÍLIA SOCIOAFETIVA À MULTIPARENTALIDADE

No que concerne à família, Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 19) diz que em sentido genérico e biológico, família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Em termos legais, a Constituição Federal de 1988 traz alguns modelos de entidades familiares, sendo eles: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF). Entretanto, apesar de não estarem elencadas em seu texto, outras instituições familiares constituídas na afetividade, na estabilidade e na ostensibilidade devem ser consideradas e devidamente representadas no mundo jurídico.

Não apenas o conceito de família como o Direito de Família brasileiro se tornou mais dilatado e flexível, permitindo outras composições, podendo ser múltipla, plural entre outras formas de concepção como a filiação socioafetiva.

### 1.1 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Nesse sentido, o atual Código Civil em seu artigo 1593 diz que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Ou seja, ampliou o conceito de parentesco civil, sendo parente todo aquele que integre à família, independentemente da relação de consanguinidade. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 311) explica que, de acordo com a leitura do presente artigo, existem elementos suficientes para que a jurisprudência interprete a constituição familiar de forma que possa abranger as relações de paternidade e filiação socioafetiva.

Também o artigo 1596 do Código Civil traz que: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos di-



reitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Analisando os dois artigos entende-se uma brecha para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

## 1.2 A FAMÍLIA PELA MULTIPARENTALIDADE

A família multiparental decorrente da filiação socioafetiva é caracterizada pela coexistência dos vínculos parentais biológicos e afetivos, ou seja, pela pluralidade de relações parentais. A multiparentalidade está presente quando identificada uma multiplicidade de vínculos de filiação, onde todos os pais assumem os encargos decorrentes do poder familiar, bem como o filho que desfruta de direitos e deveres em relação a todos.

Conforme entendimento de Cassettari (2017, p. 235), a multiparentalidade pode ter origem na inseminação artificial feita por casais homossexuais, sejam duas mulheres ou dois homens, seja o material obtido por doação ou de alguns dos cônjuges ou companheiros, ou, também, quando um dos genitores falece e a pessoa é criada por outra pessoa, e, ainda, na relação de padrasto e madrasto. O autor ainda entende que é viável a hipótese da multiparentalidade em várias situações, como nos casos em que for possível somar a parentalidade biológica e a socioafetiva, sem que uma exclua a outra.

Desta feita, se faz necessário o reconhecimento da paternidade/maternidade por afetividade. A filiação é demonstrada pela certidão do registro de nascimento, efetuado junto ao cartório civil. O reconhecimento no registro civil tanto da paternidade biológica, quanto da socioafetiva, a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, protege os direitos alimentares e sucessórios, entre tantos outros, demonstrados neste artigo, que são também múltiplos.

Portanto, corroborando a existência fática desta multiparentalidade, há de se discutir a inclusão no registro civil de nascimento o nome do pai ou da mãe socioafetivo (a), sem que seja necessário excluir o nome dos pais biológicos, podendo representar de fato a coexistência de múltiplos parentescos, realidade de muitas famílias.

## 2. O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Constatado a filiação socioafetiva e biológica a um mesmo filho em uma demanda judicial, deve obrigatoriamente ser a sentença averbada no registro civil, a inclusão dos nomes dos pais ou mães e de seus respectivos ascendentes no registro de nascimento, de forma a ganhar publicidade e produzir seus efeitos.

Conforme destaca Cassettari (2017, p. 87), quanto à possibilidade de registro da filiação socioafetiva, seria inconcebível para o autor o seu reconhecimento desvinculado do respectivo registro na certidão de nascimento, sob pena de se evidenciar um interesse meramente patrimonial em se declarar o vínculo, sem a devida alteração levada ao assento de nascimento.

Isso porque é o registro civil que vai conferir publicidade, servindo como meio de prova e permitindo efetivamente a produção dos efeitos regulares, oponíveis a terceiros,<sup>83</sup> do reconhecimento de uma parentalidade socioafetiva ou eventualmente de uma pluriparentalidade. O registro civil das pessoas naturais é que possui a capacidade para armazenar e registrar toda história do indivíduo, tratando, o nome a personalidade jurídica e a parentalidade.

Ocorrem que até mesmo esse “obstáculo” já experimentado taticamente foi ultrapassado com a atual padronização dos registros,<sup>84</sup> substituindo-se os antigos campos “pai” e “mãe” por campos como “filiação” e apenas “avós”, no lugar de “avós paternos” e “avós maternos”, permitindo o registro de dois pais e/ou duas mães e, conseqüentemente, a possibilidade registral da multiparentalidade.

Isso porque, a partir de 2009, com a alteração produzida pela Lei 11.924 (“Lei Clodovil”) na Lei 6.015/73, foi acrescido o §8º ao artigo 57 desta lei,<sup>85</sup> passando-se a admitir a adoção do sobrenome do padrasto ou

---

83 Isso porque §1º do artigo 100 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) estabelece a necessidade de averbação da sentença para que possa produzir efeitos contra terceiros.

84 Provimento dois do CNJ, de 27 de abril de 2009, alterado pelo Provimento três, em 17 de novembro de 2009.

85 Artigo 57, § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento,

madrasta, desde que sem exclusão de seus apelidos de família. Entende Cristiano Cassettari (2017, p. 229):

O seu objetivo é de que qualquer pessoa possa incluir o sobrenome do padrasto ou madrasta, sem perder o dos pais biológicos. Trata-se de um belo indício de multiparentalidade, pois, apesar de a lei não falar da inclusão do nome como pais ou mães, acreditamos que esse foi mais um dos argumentos para que isso ocorresse em nossa jurisprudência.

Essa lei apresenta um exemplo de socioafetividade, em que o relacionamento do enteado com seu padrasto ou madrasta é mais próximo da relação de pai e filho do que com o pai biológico.

O Conselho Nacional de Justiça em seu provimento 2, de 27 de abril de 2009, foi alterado pelo provimento 3, de 17 de novembro de 2009, padronizando todas as certidões em todo o país, substituindo os campos onde anteriormente constavam pai e mãe, por filiação, e o campo de avós maternos e paternos pelo campo, avós. Em conformidade, Cassettari (2017, p. 228) diz: “Essa padronização foi espetacular para a sociedade em razão da aceitação pelo direito da multiparentalidade, pois, dessa forma, a pessoa pode ter dois pais e/ou duas mães, sem que isso cause um embaraço registral.”

## 2.1. O PROVIMENTO Nº 63 DO CNJ

Em 17 de novembro de 2017, o CNJ publicou também o Provimento nº 63, que, dentre outros temas, tratava do procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva independentemente de um processo judicial, perante os Offícios do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Este provimento possibilitou que o reconhecimento de filiação socioafetiva pudesse ser efetivado diretamente nos Cartórios de Registro

---

seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (Incluído pela Lei nº 11.924, dessa atual padronização foi resultado do Provimento dois do CNJ, de 27 de abril de 2009, alterado pelo Provimento três, em 17 de novembro de 2009).

Civil de qualquer unidade federativa, sem a necessidade de recorrer ao judiciário, permitindo assim o reconhecimento extrajudicial, não precisando ser efetivamente a solicitação do reconhecimento efetivada no Cartório de Registro Civil em que o nascimento foi lavrado, podendo ser feito no cartório mais próximo.

Desta maneira, com a edição do referido provimento, tornou-se possível reconhecer a filiação socioafetiva diretamente no cartório, desde que haja anuência dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, quando for o caso.

O provimento 63 apresenta requisitos que devem ser devidamente atingidos e com demonstração cristalina da sua presença, são eles: a existência inequívoca do vínculo socioafetivo da filiação, que o requerente seja maior de 18 anos (independente do estado civil); não seja ascendente ou irmão do pretense filho; que a diferença de idade entre o requerente e o filho seja igual ou maior que 16 anos,<sup>86</sup> o pedido pode ser realizado em localidade diversa de onde foi lavrada a certidão de nascimento; deve haver consentimento expresso e pessoal da mãe e do pai; se o filho for maior de 12 anos também é necessário o seu consentimento; exige-se a coleta pessoal das assinaturas;<sup>87</sup> e, ainda, faz-se

---

86 Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

87 Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. (...)

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e

necessária uma declaração das partes de desconhecimento de discussão judicial sobre a referida filiação.

Os requerentes não podem também ter processos judiciais de reconhecimento de paternidade ou procedimento de adoção em andamento.<sup>88</sup> Se faltar um dos requisitos, o registro não pode ser feito via extrajudicial e terá as partes que recorrerem ao Poder Judiciário para pleitear seu reconhecimento.

Contudo, este provimento ainda não previa a possibilidade da multiparentalidade extrajudicial, isto porque não era possível neste modelo de certidão de nascimento mais de um pai ou de uma mãe no registro, o artigo 14 do Provimento nº 63/17 veda o reconhecimento espontâneo de multiparentalidade em cartório, exigindo a propositura de ação.

## 2.2 O PROVIMENTO Nº 83 DO CNJ

Tendo a jurisprudência consolidado o entendimento de que seria admissível a simultaneidade da filiação biológica com a socioafetiva, de modo que no assento de nascimento de determinada pessoa pode constar dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, trouxe o Provimento 83, de 14 de agosto de 2019 do Conselho Nacional de Justiça essencial revolução ao admitir o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, sem exclusão da biológica.

---

do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado. (...)

88 Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Contudo essa multiparentalidade via extrajudicial é limitada, apenas sendo possível incluir um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou materno e eventual pretensão de inclusão de um segundo ascendente socioafetivo só poderá ser apresentada na via judicial.<sup>89</sup>

Com esse provimento, o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos, será autorizado perante os cartórios, devendo ser atestado à existência do vínculo socioafetivo: “Apenas pessoas acima de 12 anos de idade poderão se valer do registro da filiação socioafetiva pela via extrajudicial.”

Na dicção deste artigo 14 do Provimento 83 do CNJ, fica consolidado o registro da multiparentalidade no cartório, mas limitando apenas um pai ou mãe que tenha posse de estado de filho. Se for a inclusão de mais de um ascendente, é necessário ingressar com ação específica de reconhecimento perante o Poder Judiciário.

A opção do CNJ em limitar apenas em mais um ascendente socioafetivo é uma forma de coibir a chamada adoção à brasileira, o que de fato não pode ser admitido, uma vez que não tem o alvo do presente artigo, que é a representação no registro da verdade família multiparental.

De acordo com a vigente redação, estabelecido no Provimento n. 83/2019, será autorizado perante os cartórios o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos. Anteriormente, esse reconhecimento voluntário era autorizado para pessoas de qualquer idade.

Desde que provado pelo registrador como foi apurado o vínculo socioafetivo, a falta desses documentos não impossibilita o registro. Esses documentos são arquivados com o requerimento e encaminhados ao representante do Ministério Público para parecer. Se o parecer for favorável, o registro será realizado. Se for desfavorável, o registrador comunicará o ocorrido ao requerente e arquivará o requerimento.

---

89 V - o art. 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafos, numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte:

“art. 14”...

1º Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.

2º “A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.”

No que diz respeito à idade para que o filho possa dar seu consentimento, houve alteração do provimento 63, onde o esse consentimento era para filho maior de 12 anos. No novo provimento, se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da filiação socioafetiva exigirá o seu consentimento.

Ainda, diz o provimento, somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno e a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.

O Provimento 83/2019 do CNJ beneficia diversas famílias com o acesso direto a um direito reconhecido e aceito na realidade jurídica brasileira, bem como a redução de demandas judiciais relativos a tal tema. O Conselho Nacional de Justiça atinge seu alvo em adotar esta medida em busca da desburocratização e unificando tal possibilidade no cenário nacional.

### 3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Com a diversificada análise de parentalidade, ocorrem efeitos que necessitam de regulamentação legal do instituto em estudo.

Uma vez que as resoluções 63 e 83 anteriormente trabalhadas sequer mencionam sobre os direitos de filiação a partir da multiparentalidade, uma vez que não é objeto de regulamentação das mesmas. Cassettari (2017) acredita que a filiação socioafetiva reconhecida pela multiparentalidade deve gerar os mesmos efeitos do biológico.

Se por um lado, a Portaria 83 desburocratiza o procedimento do reconhecimento da multiparentalidade, a mesma deixa de mencionar as consequências e efeitos jurídicos dessa filiação que acabam judicializadas gerando uma ausência da tutela dos direitos de família que deveriam ser pleiteados caso a caso para serem conquistados.

#### 3.1 CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA PELA MULTIPARENTALIDADE

Primeiramente, tem-se que com o reconhecimento do vínculo de filiação, há efeitos em todas as linhas de parentesco, tendo o filho paren-

tesco colateral e em linha reta com a família de ambos os pais, aplicando assim as hipóteses de impedimentos matrimoniais e os efeitos sucessórios. Considerando que a parentalidade é estendida aos outros filhos do pai socioafetivo, surge então a irmandade socioafetiva.

Ademais, não pode haver casamento entre filhos e pais socioafetivos, cabendo tal proibição para os parentes por afinidade em linha reta e aos parentes colaterais até o terceiro grau.<sup>90</sup> Ao parentesco socioafetivo deve ser observado todas as regras do parentesco natural, sendo a eficácia igual, para a parentalidade biológica e socioafetiva.

Não havendo diferença entre os pais socioafetivos e pais biológicos, tendo eles os mesmos direitos, não existe preferência sobre o exercício da guarda. Quando compartilhada, deve haver harmonia no relacionamento dos pais para assegurar o crescimento saudável da criança, caso contrário, a guarda unilateral poder ser mais eficaz, sendo a mesma condigna a quem exprimir maior aptidão em desempenhá-la, nos moldes não apenas de condições, mas de afeto e confiança.

Em relação ao direito de visitas, respeitando sempre o melhor interesse da criança e que todos os pais têm direito à visita, sem distinção entre biológicos e afetivos,<sup>91</sup> mesmo quando não declarado por sentença ou registro, em cumprimento dos princípios constitucionais fundamentais, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, o pai ou a

---

90 Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

91 Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.



mãe socioafetivos não devem cortar os laços constituídos com a criança, uma vez que tal ruptura poderia gerar um negativo impacto na formação da personalidade do menor. Assim como na guarda, não pode no direito de visita haver prioridade entre pais afetivos ou biológicos, inclusive entre avós, sejam eles biológicos ou socioafetivos, que têm o direito de conviver com o menor bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Já o dever de alimentar será de ambos os pais, que têm a responsabilidade de participação ativa na vida dos filhos, colaborando para seu sustento e educação de acordo com a possibilidade e necessidade. Assim, tem o filho o direito de pleitear alimentos do pai/mãe socioafetivo, posto que seja dever desempenhar todas as funções parentais, não excluindo as responsabilidades do pai biológico, que, em um caso concreto, pode vir a complementarem despesas alimentares, ou em decorrência de um ou outro ter impossibilidade no cumprimento, um deles pagarem a totalidade.

Aplica dessa forma semelhantemente às famílias multiparentais a solidariedade mútua entre pais e filhos, o que implica uma responsabilidade alimentar dos filhos para com os pais, independentemente de quantos sejam.

Assim sendo, a prestação de alimentos é recíproca e todos os pais devem prestar alimentos ao filho, este deverá prestar alimentos a todos os pais. Assim dispõe o Art. 229 da Constituição: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice ou enfermidade.” Da mesma forma, o art. 1.696 do Código Civil assegura que a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, de modo que todos os pais poderão prestar alimentos aos filhos, bem como, estes poderão prestar alimentos a todos os pais, caso venham a necessitar.

Ainda, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o poder familiar seja exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, havendo divergência entre os genitores, precisando de consentimento, assistência ou representação dos pais para praticar atos da vida social, será necessário à intervenção do Poder Judiciário para solucionar a falta de acordo.

Por força do artigo 22 da mesma lei, cabe aos pais o dever de guarda, sustento e educação, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais em relação aos filhos menores. Na hipótese de haver discordância é cabível o suprimento judicial objetivando a solução da controvérsia, na interpretação do parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil.

Comprovada o interesse de todos os pais em exercerem a criação e participação ativa na formação do menor, deve ser respeitado o melhor interesse da criança, não se discutindo em destituição do poder familiar dos pais biológicos em caso do registro do pai ou da mãe socioafetiva. Na multiparentalidade, onde todos os pais têm o dever de cuidar, proteger e educar os filhos, não seria diferente o poder familiar, uma vez que nesse instituto todos tem vínculo e paternidade responsável com a criança.

### 3.2 A MULTIPARENTALIDADE E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Em relação aos efeitos e às consequências do direito sucessório assim como de prestar alimentos, tem que haver igualdade entre os pais socioafetivos e biológicos, não havendo distinção jurídica sobre a relação pai/filho ser biológica ou afetiva, estando reconhecida a multiparentalidade.

Portanto, o filho multiparental figura como herdeiro necessário de todos os pais que tiver. A mesma relação se estabelece em relação aos ascendentes e descendentes, bem como aos parentes colaterais até o quarto grau. As sucessões dos pais não se comunicam entre si, salvo aqueles que são cônjuges ou companheiros.

Independendo da parentalidade, biológica ou afetiva, possuem os mesmos direitos, inclusive sucessórios. Esse também é o sentido jurídico da regra do art. 1.596 do Código Civil e o artigo 227, § 6º da CF.

Consequentemente, o juiz deve analisar o caso concreto, especialmente à convivência desses indivíduos, convencido de que o vínculo ali formado tem viés afetivo evitando que o reconhecimento da multiparentalidade sob a ótica do direito sucessório tenha cunho exclusivamente patrimonial, impedindo que o direito de família volte a suas primí-

cias onde apenas era importante a propriedade e evitando a chamada de “adoção à brasileira”, conduta que não é privilegiada em nosso ordenamento jurídico e constitui crime expresso no Código Penal.<sup>92</sup>

### 3.3. A QUESTÃO PREVIDENCIÁRIA NA MULTIPARENTALIDADE

Assim como explicitado no direito de alimentos e sucessão, a relação previdenciária é recíproca, independente da relação de filiação ser socioafetivo ou genética, na qual os filhos têm direito de herança em relação aos pais e os pais têm direito na herança em relação aos filhos, podendo receber, por exemplo, um filho duas ou mais pensões por morte, visto que a lei é omissa quanto à cumulação de pensões oriundas dos óbitos dos pais.

Assim sendo, na multiparentalidade, a relação previdenciária ocorre como em qualquer relação de filiação, os pais, biológicos ou afetivos e o filho recebem a condição de dependentes do segurado. Deste modo, existindo parentalidade socioafetiva, há a primordial idade de se reconhecer direitos previdenciários. Também será conferido esse direito aos pais e irmãos socioafetivos, estes últimos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das numerosas normas existentes em nosso ordenamento jurídico que possam regular as relações pessoais, não existem leis específicas para prever todas as formas de famílias e seus sentimentos de amor, carinho e afetividade.

---

92 Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa (...).

A multiparentalidade será aplicada quando evidenciado que tanto os pais biológicos quanto os pais afetivos anseiam participar ativamente da vida do menor, de forma a contribuir positivamente para seu desenvolvimento. Assim, em relação à constituição da família multiparental, o vínculo sanguíneo perde sua exclusividade, passando a coexistir com o vínculo socioafetivo.

O reconhecimento da multiparentalidade pelo provimento do Conselho Nacional de Justiça e nas decisões judiciais representam um grande avanço no direito, na medida em que respeita os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade entre os envolvidos.

Além de gerar efeitos para o direito de família, a multiparentalidade reluz reflexos econômicos e patrimoniais, como no campo do direito previdenciário e sucessório. Assim como em todos outros efeitos, neste dispositivo não há diferença quanto vínculo biológico e socioafetivo entre pais e filhos, em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal de 1988, tornando mais eficaz as demandas geradas pelos conflitos entre as paternidades, socioafetiva e biológica. Seus efeitos devem insurgir como na biparentalidade, sendo proeminente que todas as filiações devem ser firmadas na igualdade entre os filhos, não podendo comportar interpretações que visem limitar a aplicação dos direitos e deveres dos pais afetivos.

No campo da ciência jurídica encontram-se autores que se mostram totalmente favoráveis aos direitos e deveres da família multiparental sem qualquer discriminação. A preocupação dos juristas é que tal instituto seja utilizado como trapaça para fins financeiros e sucessórios. Para evitar a chamada de “adoção à brasileira”, uma simulação de família com interesses financeiros, é preciso que o Ministério Público no aspecto registral e o juiz em uma demanda judicial analisem o viés afetivo para que a multiparentalidade cumpra seu propósito real que é a representação da realidade familiar, assegurando com seu registro, seus deveres e direitos.

A norma do Conselho Nacional de Justiça simplifica os trâmites burocráticos no campo registral. Entretanto, seu reconhecimento pode provir inúmeras complicações jurídicas, que podem trazer demandas ju-

diciais em relação aos direitos de família, previdenciários e sucessórios, uma vez que as mesmas não são objetos do Provimento 83/19. Contudo, tais obstáculos podem ser resolvidos com interpretações e modificações de dispositivos legislativos.

Conclui-se com esse estudo que o instituto da multiparentalidade é um fato, sendo regulamentada e se mostra uma realidade dos dias atuais. É viável a coexistência das parentalidade biológicas e socioafetivas para exercer a educação e orientação do filho. Havendo divergências entre as mesmas, não pode existir hierarquia entre essas parentalidades, e se for o caso, assim como em uma biparentalidade, necessário se faz uma demanda judicial que vise o melhor interesse do filho.

Por fim, vale salientar que a multiparentalidade têm direitos e obrigações para as partes, sempre visando o melhor interesse dos indivíduos envolvidos. Nos casos em que envolva filhos menores, é necessário privilegiar o melhor interesse da criança, sendo preciso analisar a realidade na qual está submetida, a relação interpessoal com os pais e todo seu contexto familiar, optando pela solução que melhor venha a lhe favorecer. Não obstante, nos casos em que a aplicabilidade desse fenômeno envolve uma pessoa já adulta, tem que se interferir o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de um direito que o filho detém de ter reconhecida a relação de filiação com quem de fato contribuiu para sua educação, sustento e formação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. **Lei Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm). Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília:

lia: Presidência da República, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Provimento Nº 2, de 27 de abril de 2009**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de certidão de casamento e de certidão de óbito a serem adotados pelos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais em todo o país, na forma dos anexos I, II e III. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1311>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Provimento Nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2017]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Provimento Nº 83, de 14 de agosto de 2019. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2019]**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/08/15/cnj-publica-provimento-no-83-que-altera-requisitos-na-paternidade-socioafetiva/>. Acesso em: 20 set. 2019.

CASSETTARI, C. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Filiação socioafetiva em cartórios será para pessoas com mais de 12 anos**. Escola Superior do MPGO ESUMP. Disponível em: <http://>

[www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2019/09setembro/paginas/infancia\\_juventude\\_educacao/noticias/filiacao-socioafetiva-em-cartorios-sera-para-pessoas-com-mais-de-12-anos.html](http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2019/09setembro/paginas/infancia_juventude_educacao/noticias/filiacao-socioafetiva-em-cartorios-sera-para-pessoas-com-mais-de-12-anos.html). Acesso em: 8 set. 2019.

PEREIRA; C. M. S. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PÓVOAS, M. C. **Multiparentalidade:** a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

# A MULTIPARENTALIDADE E O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

*Rogers Alexander Boff*<sup>93</sup>

*Valéria Koch Barbosa*<sup>94</sup>

## INTRODUÇÃO

No decorrer da história, houve grandes e importantes avanços no Direito das Famílias, abandonando-se, gradativamente, o modelo de família patriarcal de outrora, a qual tinha como característica principal o pátrio poder. Após a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o afeto passou a ser o pilar das relações familiares, tendo-se assegurado igualdade e dignidade para as pessoas, abandonando-se preceitos que não cabiam mais em uma sociedade com novos valores e princípios.

---

93 Mestre em Psicologia pela Universidade Feevale. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus; em Advocacia Extrajudicial e em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale. Advogado.

94 Doutora e Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Advogada.



A valorização do afeto trouxe implicações que repercutiram em vários institutos do Direito das Famílias, principalmente quando se trata da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, devendo-se realçar que muitas foram as alterações pelas quais a família passou até que se passou a permitir que os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil passassem a reconhecer esse tipo de filiação sob o entendimento de que a verdade biológica não se sobressai sobre os laços afetivos. Diante disso, este artigo tem como objetivo abordar a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva com fulcro nos Provimentos que trazem requisitos para a sua consecução, situação essa que é fruto tanto das mudanças sociais quanto de reflexões e avanços doutrinários em torno da relevância da afetividade.

O estudo é uma pesquisa descritiva e exploratória, com método de abordagem dedutivo e embasado no procedimento da pesquisa bibliográfica na legislação, na doutrina e na jurisprudência, permitindo-se, assim, uma compreensão mais ampla sobre o tema. Inicialmente, apresenta-se um breve percurso histórico acerca da evolução da família, desde o modelo de família patriarcal até as mais recentes formas de constituição familiar. Em seguida, aborda-se a filiação socioafetiva, destacando-se a importância da afetividade nas relações familiares, bem como a multiparentalidade. Por fim, apresenta-se o procedimento de reconhecimento da filiação socioafetiva nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil à luz dos recentes Provimentos que regulam esse procedimento.

## 1. FAMÍLIA: UMA INSTITUIÇÃO EM CONSTANTE EVOLUÇÃO

O antigo modelo de família patriarcal, no qual se inspirou a família brasileira, tinha como principal característica as relações de poder do homem, detentor do pátrio poder, “[...] considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo [...]”, ou seja, sobre os filhos, a esposa, os escravos e, inclusive, sobre “[...] as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana” (GRISARD

FILHO, 2000, p. 29). Nessas famílias, as quais “[...] eram verdadeiras unidades políticas agrícolas, religiosas e sociais [...]”, o grupo familiar e seus agregados eram como súditos, que estavam sob o absoluto poder do seu fundador, qual seja, o homem (ROSA, 2019, p. 22). O chefe da família possuía direitos sobre a vida e a morte, podendo “[...] punir, vender e matar os seus filhos [...]” (VENOSA, 2012, p. 307). Esse poder compreendia o

[...] patria potestas, ou o poder sobre os filhos e netos dos filhos masculinos; a manus, ou o poder sobre as mulheres casadas com o mesmo pater familias ou com um seu descendente; o mancipium, ou o poder de pater sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (in mancipio); a dominica potestas, ou o poder sobre os escravos (THOMAZ, 2003, p. 82).

A estrutura familiar patriarcal legitimava o exercício do poder do homem tanto sobre a mulher – poder marital – quanto sobre os filhos – pátrio poder (LÔBO, 2019). A mulher era subordinada aos poderes dos homens. Antes do casamento, submetia-se ao poder do pai e, após, aos poderes do marido. Diante disso, pode-se dizer que “A celebração do casamento naquela época [...] era mais um demonstrativo da sujeição do gênero feminino em relação ao masculino [...]” (ROSA, 2019, p. 24). Já no que tange à figura dos filhos, no Brasil, o pátrio poder tinha previsão expressa no Código Civil de 1916, em seu artigo 360, que previa que: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai” (BRASIL, 1916).

Foi a partir das mudanças ocorridas no século XX, em que o avanço tecnológico, a quebra de tabus de gênero, as ações políticas e a vinda das famílias para as cidades culminaram com oportunidades de trabalho externo, a estrutura patriarcal enfraqueceu e, com isso, as mulheres passaram a ter mais liberdade e independência. Como consequência, princípios e valores tradicionais foram abandonados e alguns modificados para acompanhar a nova realidade (CARVALHO, 2018; LOPES, 2018).

Carvalho (2018, p. 36), com base nas lições do Desembargador Francisco Figueiredo, destaca que os principais fatos que contribuíram para igualdade dos cônjuges no casamento foram “[...] o surgimento da pílula anticoncepcional, permitindo à mulher controlar a natalidade, e o advento da Lei n. 4.121/64, denominado Estatuto da Mulher Casada [...]”, que proporcionou às mulheres direitos que até então não possuíam, como colaborar na sociedade conjugal, exercer profissão lucrativa diferente do marido, postular em juízo sem permissão do cônjuge, entre outras conquistas. É mister referir que o Estatuto da Mulher Casada garantiu, em seu artigo 380, o exercício do poder familiar por ambos os genitores e, na falta ou impedimento de um deles, o outro passaria a exercer com exclusividade. Havendo divergência entre os genitores, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado o direito de a genitora solucionar essa divergência em juízo (BRASIL, 1962).

No entanto, foi somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que inúmeras transformações no Direito das Famílias ocorreram. Nesse novo contexto, a família passou a ser compreendida como um sistema democrático (ROSA, 2013), sendo “[...] reconhecida como um espaço para que a pessoa possa desenvolver a sua personalidade, potencialidade, individualidade com respeito mútuo e dignidade [...]” (KAROW, 2012, p. 26). Com isso, novas estruturas familiares foram contempladas, e a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor fundamental intrínseco ao ser humano (ROSA, 2019). Mais do que isso, a Carta Cidadã reconheceu a igualdade entre os cônjuges, tanto em direitos quanto em deveres, a pluralidade familiar e a igualdade entre os filhos, independentemente da origem, proibindo qualquer tipo de discriminação (CARVALHO, 2018).

Diante da necessidade de um tratamento mais humano, sem preconceitos e discriminações, voltado para a busca da felicidade pessoal e familiar (MADALENO, 2013), surgiram novas configurações familiares, além daquela estrutura oriunda do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º). É importante destacar que as entidades familiares não se limitam apenas a essas mencionadas, pois existem outras formas de constituição familiar, como, por exemplo, a união homoafetiva, reconhecida

pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, de Relatoria do Ministro Ayres Brito (DIAS, 2013). Nesse sentido, Lôbo (2019, p. 31) ressalta que a Constituição Federal de 1988 não se limitou a reconhecer “[...] a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a inclusão das demais entidades explícitas.”

Portanto, a fotografia da família brasileira do século XXI é plural, alicerçada não somente nos laços consanguíneos, mas principalmente nos laços afetivos (LOPES, 2018). Hoje, além daqueles arranjos familiares reconhecidos explicitamente na Carta Magna, têm-se aqueles reconhecidos implicitamente, a exemplo das famílias eudemonista, unipessoal, mosaico, extensa, virtual (*Ifamily*) e multiespécie (ROSA, 2019).

Nesse viés, a família passa a ser identificada por meio do vínculo afetivo, deixando de estar condicionada ao casamento, ao sexo e à procriação (DIAS, 2013). Isso porque, segundo Rosa (2013, p. 104), é indiscutível que o elemento caracterizador das relações familiares é o afeto, que compreende tanto o amor quanto o desejo, pois, “Sem o afeto, não se pode falar em família, ou, não constatado o afeto na entidade familiar, esta será embasada na desordem, na qual não haverá estrutura para se manter.”

Nessa direção, o Código Civil de 2002, ao consagrar a nova expressão “poder familiar”, acabou por romper com a tradição machista de outrora constante em sua linguagem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). Prova disso está no reconhecimento de que o poder familiar deverá ser exercido por ambos os pais, salvo a falta ou o impedimento de um deles, bem como na garantia de que ambos os genitores têm o direito de solucionar em juízo qualquer conflito inerente ao exercício do poder familiar (artigo 1.631 e parágrafo único). Além disso, o artigo 1.636 do referido diploma garantiu que tanto o pai quanto a mãe que contrair novo relacionamento ou constituir nova família não perderá o direito ao exercício do poder familiar (BRASIL, 2002). Por sua vez, a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), acompanhando essas mudanças, reforçou a igualdade dos pais no exercício

do poder familiar (artigo 21). Ademais, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.010/2009, substituiu-se a expressão “pátrio poder” por “poder familiar” (BRASIL, 1990; BRASIL, 2009).

Apresentado este breve percurso histórico das transformações ocorridas na família, faz-se necessário avançar para discorrer sobre a filiação socioafetiva e a multiparentalidade.

## 2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE

Com a democratização da família, esta passou a ser entendida “[...] como um espaço de autoconhecimento, respeito mútuo, solidariedade, igualdade, autenticidade” (KONRAD; TRENTIN, 2014, p. 64). Além disso, assumiu uma concepção múltipla e plural, atrelada tanto aos laços biológicos quanto aos sociopsicoafetivos, na busca constante de felicidade e desenvolvimento da personalidade de cada ser (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

Embora a Carta Magna de 1988 não traga, de forma explícita, a palavra *afeto* como um dos direitos fundamentais, “[...] pode-se afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2008, p. 230), pois possui um valor ético, atrelado à vida psíquica e moral do ser humano (FUJITA, 2011), que, de acordo com Santos (2011, p. 106), “[...] desponta como um valor necessário à constituição e ao desenvolvimento da pessoa [...]”, a ponto de merecer proteção jurídica. E, mais do que isso, é o elemento-chave da relação entre pais e filhos nas famílias contemporâneas.

Nesse universo de transformações, a filiação deixou de ser definida pelo critério de consanguinidade. A verdade biológica não espelha mais a verdadeira face dos laços maternos e paternos, uma vez que o afeto passou a ter valor e efeitos jurídicos. Logo, “A paternidade e maternidade são desenhadas no cotidiano e seus reflexos devem ser vistos e reconhecidos de forma individual e singular” (THOMÉ; SILVA, 2018, p. 237). Desse modo, a atual configuração familiar “[...] deve ser entendida como uma unidade afetiva e cultural e não mais como uma simples unidade de origem biológica” (BOSCARO, 2002, p. 190), pois cada vez mais as funções afetivas são valorizadas dentro da família, como se

pode perceber por meio das novas terminologias utilizadas “[...] filiação socioafetiva, dano afetivo, abandono afetivo etc.” (DIAS, 2014, p. 132).

O Judiciário brasileiro, atento às constantes modificações no Direito das Famílias, vem, por meio de seus órgãos legislativos e de suas decisões, observando o Princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, reiterando a importância valorativa do indivíduo dentro da prole, independentemente de quaisquer circunstâncias. Nota-se, com isso, que, assim como constantemente casais se separam pela falta de afeto, novas famílias são estruturadas com base no afeto, adoções são deferidas pela existência de vínculos afetivos preestabelecidos, crianças manifestam o desejo de morar somente com um dos pais ou avós em decorrência dos laços afetivos e “Registros de nascimentos podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade”, já que o estado de filho se estabelece por meio do afeto (KAROW, 2012). Verifica-se, portanto, que o Princípio da afetividade passou a ser o Princípio norteador do Direito das Famílias, trazendo legitimidade para todos os modelos de formação familiar (DIAS, 2014). Todavia, é importante que se entenda que “[...] o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão” (OLIVEIRA, 2002, p. 233).

Sob esse viés, a filiação socioafetiva caracteriza-se pela convivência, pela forte presença da afetividade e pela estabilidade nas relações familiares (CARVALHO, 2018). Nesse sentido, Lôbo (2019, p. 231–232) pontua que a consolidação dessa filiação ocorre quando preenchidos alguns requisitos, quais sejam: 1) “Comportamento social típico de pais e filhos”: aquele comportamento frente à sociedade que espelha e não deixa dúvidas quanto à relação existente; 2) “Convivência familiar duradoura”: aquela que consolidará o comportamento típico de pais e filhos por meio da constituição de uma família, independentemente do modelo familiar escolhido; 3) “Relação de afetividade familiar”: o relacionamento familiar estruturado no afeto e com a finalidade de se constituir família.

Desse modo, a filiação socioafetiva não está atrelada ao nascimento, ou seja, aos laços consanguíneos, pois assenta-se “[...] em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, co-

locando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas”. Essa socioafetividade se constrói com base no respeito e no tratamento recíproco como pai/mãe e filho (FARIAS; ROSENVAL, 2019 p. 633). É, segundo Coelho (2013, p. 179), o “[...] relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai ou mãe e seu filho [...]”.

É importante referir o julgamento do Recurso Especial nº 1.000.356/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se destacou que a proteção jurídica da filiação socioafetiva encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.593 do Código Civil, além de elementos de ordem cultural (BRASIL, 2010).

[...] ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. [...] (BRASIL, 2010, p. 2).

Portanto, não cabe à Justiça, quando comprovada a posse do estado de filho, “[...] destruir o elo consolidado pela convivência [...]”, mas cabe a ela “[...] respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo” (DIAS, 2013, p. 397). Do mesmo modo, nos casos em que há inseminação heteróloga, adoção ou outras circunstâncias que direcionam para o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva, é imperioso que o vínculo sanguíneo seja colocado em segundo plano, para que assim ocorram a garantia e os efeitos jurídicos decorrentes do elo afetivo (VENOSA, 2014).

Nessa direção, é inadmissível falar, nos dias de hoje, que a família biológica é o núcleo “[...] insofismável e insubstituível para a permanên-

cia da criança”. É necessário que se entenda que crianças e adolescentes precisam vivenciar o afeto, o amor, o carinho e o cuidado, os quais não decorrem da vinculação biológica, mas da convivência afetiva, em um ambiente adequado e favorável para o pleno desenvolvimento biopsicossocial (DOMINGOS, 2013, p. 262). Corroborando esse entendimento, Boscaro (2002, p. 190) enfatiza que pouco importa à criança ou ao adolescente se seus pais são os biológicos, “[...] o que faz com que não deva a verdade biológica ser erigida à condição pilar único e insubstituível das relações de filiação [...]”, já que é muito mais vantajoso ao infante crescer em um ambiente repleto de afetividade e com familiares preocupados com o seu bem-estar.

Ressalta-se que a Constituição Federal traz um leque de proteções para cada membro da entidade familiar, porém prioriza os seres em desenvolvimento, os quais merecem um olhar mais atento. É sob esse viés que a lei prevê o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar, reconhecida como um direito fundamental, que busca fortalecer os vínculos familiares e afetivos essenciais para o pleno desenvolvimento desses seres em formação. Assim, é vital que o ambiente familiar seja repleto de afeto, amor e cuidado, que proporcione um espaço no qual possam brincar e crescer, além de serem compreendidos e amparados (CARVALHO, 2018).

Sob esse prisma e, com base no Princípio da igualdade entre os filhos, surge a multiparentalidade, que é o direito de a pessoa ter reconhecidos dois pais e/ou duas mães simultaneamente, resguardando-se os efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais sobre todos eles, em um só tempo (FARIAS; ROSENVALD, 2019). O legislador adotou a multiparentalidade como ferramenta para a solução dos litígios judiciais quando se têm presentes, concomitantemente, o vínculo afetivo e o biológico (KONRAD; TRENTIN, 2014). Contudo, para que se possa ter reconhecido esse estado de filiação, é preciso que esteja presente o vínculo de filiação com mais de duas pessoas (ROSA, 2019).

Nesse sentido, “O reconhecimento do estado de filiação multiparental permite, de maneira inconteste, a materialização daquilo que seu estorno social reconhece e poderá declarar: uma relação marcante de afeição e cuidado” (ROSA, 2019, p. 367). Sob esse prisma, o Supre-



mo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC – Repercussão Geral 622, de relatoria do Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

Para que não aconteça a fragilização do vínculo socioafetivo, é preciso que não ocorra a patrimonialização da relação paterno/materno-filial, a qual possui essência meramente existencial. Diante disso, é vedado que um filho socioafetivo busque o reconhecimento da filiação biológica somente para que tenha garantidos os direitos de ordem sucessória (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

Assim, é preciso que, quando reconhecida a multiparentalidade, todos os genitores, independentemente de ser uma mãe e dois pais (e vice-versa) ou duas mães e dois pais, que esses assumam todos os deveres e obrigações decorrentes do poder familiar em relações aos filhos. Mais do que isso, é necessário que essa relação seja repleta de afeto, amor e respeito, observando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana (DIAS, 2013).

### 3. O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Como dito alhures, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou proibido qualquer tipo de designação discriminatória em relação aos filhos, assegurando-se, nesse sentido, os mesmos direitos e qualificações, conforme se observa na redação do art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Insta salientar que, no Código Civil de 2002, a filiação socioafetiva está englobada dentro do capítulo “Do reconhecimento dos filhos” e trata-se de livre manifestação de vontade, pois decorre da afetividade, e não dos laços consanguíneos. Nesse passo, “O reconhecimento voluntário se aperfeiçoa de forma desejada, espontânea, sem qualquer imposição ou constrangimento daquele que pratica o ato” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 647).

O reconhecimento extrajudicial da paternidade e/ou maternidade socioafetiva nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil foi regulamentado com o advento do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 14 de novembro de 2017, decorrente do pedido de unificação nacional de reconhecimento de filiação socioafetiva apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBD-FAM. A partir da edição do referido Provimento, houve a padronização desse procedimento em todos os cartórios brasileiros, bem como a sua consolidação no que tange à socioafetividade e à multiparentalidade (ROSA, 2019).

De acordo com o referido Provimento, o reconhecimento voluntário tanto de paternidade quanto de maternidade ocorre por meio de declaração direta, sem necessidade de autorização judicial, e somente poderá ser requerido por pessoas maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil. Ademais, é necessário que o pretense genitor ou genitora seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido e que não sejam irmãos nem ascendentes deste. Além disso, não é permitido o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva quando existir ação de investigação de paternidade ou adoção em andamento (BRASIL, 2017).

Para a demonstração da afetividade, são cabíveis todos os meios de provas em Direito admitidos, além daqueles documentos previstos no § 2º do art. 10 do Provimento nº 63/2017 (BRASIL, 2017), quais sejam:

[...] apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida (BRASIL, 2017).

É importante destacar que inicialmente o referido Provimento autorizava o reconhecimento da filiação socioafetiva de filho de qual-

quer idade. Todavia, diante da necessidade de se trazer regras mais rígidas, adveio o Provimento nº 83, do CNJ, de 14 de agosto de 2019, que trouxe algumas importantes alterações. Com isso, o artigo 10 do Provimento nº 63/2017 ganhou nova redação, no sentido de autorizar somente o “[...] reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos [...]”. Ademais, o § 4º do art. 11, passou a exigir o consentimento de filho menor de 18 anos para que haja o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva (BRASIL, 2017; BRASIL, 2019).

O Provimento nº 63/2017 adotou a tese da multiparentalidade, reconhecida na Repercussão Geral 622 (RE 898.060/SC) do Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, com as mudanças advindas do Provimento nº 83, foram incluídos os §§ 1º e 2º no artigo 14, autorizando, na via extrajudicial, apenas a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja ele do lado paterno ou do lado materno, do contrário, será necessário o ajuizamento de demanda específica (BRASIL, 2017, 2019).

Outra alteração importante diz respeito à participação do Ministério Público no âmbito extrajudicial. Assim, passou a ser necessário que o registrador, após preenchidos todos os requisitos legais para o reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva, encaminhe o expediente para apreciação e parecer do Ministério Público. Em caso de parecer favorável, o registrador procederá ao registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e, em caso de parecer desfavorável, não haverá o registro e o expediente será arquivado, após a devida comunicação ao requerente (BRASIL, 2017, 2019).

Reconhecida voluntariamente a paternidade ou maternidade socioafetiva, tal ato será irrevogável, exceto quando existir vício de vontade, fraude ou simulação, casos em que poderá ser desconstituído na via judicial (BRASIL, 2017), pois trata-se de um ato livre, irrevogável e, por possuir efeito *erga omnes*, não se admite arrependimento, uma vez que não se trata de negócio jurídico, mas sim de ato legal *stricto sensu* (DIAS, 2013).

Desse modo, reconhecida a filiação socioafetiva, essa “[...] produz todos os efeitos jurídicos do reconhecimento da filiação inerentes ao parentesco, notadamente o estado de filho, o nome da família, as relações de parentesco, poder parental, convivência familiar, alimentos e sucessó-

rios.” Esse reconhecimento possui efeito *ex tunc*, ou seja, retroage à data do nascimento, além de resguardar todos os direitos desde a concepção (CARVALHO, 2018, p. 598). Além disso, o reconhecimento da filiação socioafetiva não impede a discussão judicial acerca da verdade biológica, nos termos do art. 15 do Provimento nº 63/2017 (BRASIL, 2017).

Como se observa, o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial conferiu “[...] efetividade aos direitos fundamentais do ser humano, promovendo a igualdade dos filhos de qualquer que seja a origem da filiação, conferindo-lhes dignidade” (CARVALHO, 2018, p. 586). Assim, “No balanço entre os limites e as possibilidades advindos da leitura principiológica da afetividade [...]”, pode-se constatar que essas mudanças renovaram o Direito das Famílias, principalmente no que se refere à filiação (CALDERÓN, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas que trouxe importantes avanços no Direito das Famílias, admitindo outras formas de constituição familiar, além daquela oriunda do casamento. Estabeleceu-se a igualdade entre homens e mulheres, que passaram a exercer os mesmos direitos e deveres. Paulatinamente, houve a igualdade entre os filhos, retirando-se do ordenamento jurídico a expressão “filhos ilegítimos” e, nesse sentido, vedou-se qualquer forma de discriminação. O Código Civil de 2002, por sua vez, atento a essas mudanças, modificou a expressão “pátrio poder” para “poder familiar”.

O afeto foi elevado a valor jurídico, sendo considerado o pilar estruturante das relações familiares. Nesse sentido, possuindo o afeto um valor jurídico incontestável, bem como diante da igualdade dos filhos e da atual configuração da entidade familiar, esta deixou de ser uma unidade exclusivamente estruturada pelo vínculo biológico e passou a ser entendida como uma unidade embasada na afetividade.

Com isso, sobreveio uma nova modalidade de filiação, denominada filiação socioafetiva, decorrente de uma relação jurídica de afeto entre um adulto e uma criança ou um adolescente, na qual se tem presente um tratamento de pai/mãe e filho. Em decorrência disso, a verdade biológica

acabou ficando em segundo plano, pois os laços afetivos se igualam aos laços consanguíneos, tendo em vista que a filiação se estrutura na convivência familiar, pública, contínua e duradoura, embasada no afeto e na busca da efetivação dos direitos e garantias mínimas dos filhos, com o intuito de garantir a eles um sadio desenvolvimento físico, psicológico e social, ancorado em uma relação permeada por amor, amparo, cuidado, atenção e voltada à consecução da dignidade.

Com o acolhimento da multiparentalidade, tanto os pais biológicos quanto os afetivos passaram a assumir as mesmas obrigações, ou seja, o reconhecimento da filiação, seja ela biológica ou afetiva, produz os mesmos efeitos jurídicos, sem qualquer distinção. Nesse contexto, sobrevieram os Provimentos nº 63/2017 e nº 83/2019, ambos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que autorizam que os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil reconheçam a paternidade e maternidade socioafetiva de filhos no âmbito extrajudicial, trazendo os requisitos para isso, sem necessidade de que seja buscada autorização judicial, salvo exceções previstas no regramento.

## REFERÊNCIAS

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 63 de 14/11/2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 83 de 14/08/2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corre-

gedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm). Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10. 406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm). Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 15 ago. 2022.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1000356/SP**, da 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 25/05/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200702526975&dt\\_publicacao=07/06/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702526975&dt_publicacao=07/06/2010). Acesso em: 25 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário nº. 898060/SC**, do Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 21/09/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 25 maio 2021.
- CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. Vol. 5. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBT**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DOMINGOS, Sergio. A família como garantia fundamental ao pleno desenvolvimento da criança. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 1, p. 251-279, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?t?&src=rl&srguid=i0ad818160000014831f75643477efc2b&docguid=Ibeea5ba0e5fe11e284d2010000000000&hitguid=Ibeea5ba0e5fe11e284d2010000000000&spos=1&epos=1&td=801&context=5&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 jun. 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.
- GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.
- KONRAD, Letícia Regina; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. Multiparentalidade nas famílias recompostas e a parentalidade socioafetiva. **Revista dos Tribunais Sul**, v. 4, p. 57-73, mar.-abr., 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000154598bf602d8451a46&docguid=I951232806aff11e4b823010000000000&hitguid=I951232806aff11e4b823010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=13&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 10 maio 2021.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5.
- LOPES, Cassiane Silveira. A multiparentalidade como forma de proteção às configurações familiares contemporâneas. *In*: ROSA, Conrado Paulo; THOMÉ, Liane Maria Buesnelo; BROCHADO, Rogério. (org.). **Direito de família e sucessões: um olhar prático**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



- ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporânea**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: Os laços Humanos como Valor jurídico na Pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.
- SARMENTO, Roselaine dos Santos. Pais irresponsáveis, filhos abandonados: A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (coord.). **Família e Jurisdição 2**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União Homossexual – Reflexões Jurídicas. **Revista dos Tribunais**, v. 807, p. 82, jan. 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a-00000146767dc039d9d44180&docguid=Ie7eb0cc0f25411dfab-6f01000000000000&hitguid=Ie7eb0cc0f25411dfab-6f01000000000000&spos=4&epos=4&td=105&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 maio 2021.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello; SILVA, Dailor Luis Rodrigues da. Filiação socioafetiva post mortem, adoção póstuma e os efeitos sucessórios. In: ROSA, Conrado Paulo; THOMÉ, Liane Maria Buesnello; BROCHADO, Rogério (org.). **Direito de família e sucessões**: um olhar prático. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6.



# ARTIGOS - SOLUÇÃO DE CONFLITOS



# A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO CORRELACIONADO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL POR MEIO DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

*Adriano da Silva Ribeiro*<sup>95</sup>

*Guilherme Vilela de Paula*<sup>96</sup>

*Gustavo Henrique Wykrota Tostes*<sup>97</sup>

*Luísa Monteiro de Paula*<sup>98</sup>

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo o estudo da efetividade do acesso à justiça, com enfoque nos métodos alternativos de solução de conflitos,

---

95 Professor em Estágio Pós-Doutoral no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Pós-Doutorado em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista *Meritum* do PPGD/FUMEC. Professor da disciplina Políticas Autocompositivas, soluções (in)efetivas de conflitos, consensualidade judicial e notarial/registral e Estado Democrático de Direito no PPGD/FUMEC. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. Coordenador-Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP).

96 Sócio Fundador do Escritório Tostes e de Paula Advocacia Empresarial; Advogado graduado na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Especialista em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho.

97 Sócio Fundador do Escritório Tostes e de Paula Advocacia Empresarial; Advogado graduado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Facuminas - Faculdade de Minas; Especialista em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

98 Advogada na Tostes e de Paula Advocacia Empresarial; Legal Assistant na Wykrota Law Firm; graduada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestranda em Direito pela FUMEC.

passando-se pela superação da dicotomia entre o direito público e direito privado. Mais especificamente, dá-se a esta temática a leitura constitucional do direito ao acesso à justiça buscando a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem que para tanto haja a necessidade de se distinguir a efetividade do direito público ou privado.

No Brasil, se consolidou com o advento da Constituição da República, a qual prestigiou a garantia aos direitos fundamentais, com destaque ao acesso à justiça e duração razoável do processo (BRASIL, 1988). Este artigo apresenta breve conceito do que seria Direito Público e Direito Privado, inicialmente sob a ótica dicotômica. Não obstante, propõe uma visão do Direito constitucionalizado, que objetiva, principalmente, a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, o que trouxe a necessidade do diálogo e equilíbrio entre o direito público e o privado.

A partir desta contextualização, busca-se analisar a efetividade do direito ao acesso à justiça, com enfoque nos métodos alternativos para solução de conflitos, o que se faz pelo prisma constitucional, colocando em contraponto em qual medida a superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado se faz necessária para a garantia do direito ora posto em discussão.

Para o desenvolvimento deste artigo foram utilizados o método dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e exploratória, e coleta de dados estatísticos, bem com o exame dos textos legais.

Os resultados obtidos com a pesquisa foram apresentados nas seguintes partes: acesso à justiça e a visão dicotômica do direito público e privado; o Código de Processo Civil de 2015, acesso à justiça e a cooperação entre poderes.

## 1. O ACESSO À JUSTIÇA E A VISÃO DICOTÔMICA DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Antes mesmo de falar sobre o acesso à justiça e tentar e defender a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado vale expor algumas das conceituações do que seja o próprio Direito.

Hans Kelsen define Direito como “um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema” (KELSEN, 1992, p. 11).

Já Wilson Campos de Souza Batalha afirma que Direito é:

[...] conjunto de comandos, disciplinando a vida externa e relacional dos homens, bilaterais, imperativo atributiva, dotado de validade, eficácia e coercibilidade, que tem o sentido de realizar os valores da justiça, segurança e bem comum, em uma sociedade organizada (BATALHA, 2011. p. 57).

Sebastião Alves dos Reis afirma que os desígnios do Direito consistem na disciplina da convivência social e da conduta do homem, enquanto membro da sociedade política, a realização dos compromissos com os ideais de justiça e de respeito à dignidade humana, sendo de acentuar-se que a experiência jurídica desdobra-se, amplia-se, afirma-se e reafirma-se numa tensão contínua de valores, que se implicam e se exigem, numa íntima correlação, num nexu lógico entre o Direito e a vida (REIS, 1998).

O que não há tantas dúvidas é quanto às tendenciosas mutações históricas do Direito e suas adaptações às épocas e à vida em sociedade que reformulam as normas e interpretações para a melhor garantia de direitos. Assim se fez a distinção do Direito Público do Direito Privado, formulada em Roma por Ulpiano, repetida nas Institutas, de Justiniano (I, I § 4º), adaptável à sociedade e ao espírito de então (REIS, 1998).

Ulpiano afirmava que o Direito público é o que diz respeito ao estado romano; privado, o referente ao interesse dos indivíduos: na verdade, algumas coisas são úteis publicamente, outras privadamente (*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatum*). Para Ulpiano inexistia direito contra o Estado, uma vez que este era soberano, considerando Direito Público aquele que consistia nas coisas sacras, nos sacerdotes e nos magistrados (REIS, 1998).

Esse ideal foi fragilizado na Idade Média, quando ficou evidente confusões entre as normas de direito público e de direito privado, mo-

tivando um embaralhamento de institutos e conceitos. Isso porque, no regime feudal os “direitos da realeza” se confundem com o *bonum commune*, teorizada no Renascimento (REIS, 1998). Apenas com a Revolução Francesa o Direito Público se ligou ao Estado, recaindo dúvidas posteriores quanto à natureza da matéria, o que embasou as teorias monistas, e dualistas que tentavam definir a existência de distinção entre o direito público e privado, ou não.

Apenas a título de esclarecimento, serão expostas algumas destas teorias a seguir. A corrente dualista é dividida em corrente dualista substancial e corrente dualista formal. As principais teorias da corrente substancial são: Teoria do Interesse, pela qual se defende que a norma é de direito público quando protege um interesse geral e de direito privado quando protege um interesse particular, e a Teoria do Fim, quando o fim da norma for o Estado é considerada de Direito Público e quando for o indivíduo de direito privado. A partir destas duas teorias, foram expostas diversas outras que relativizam essa divisão, quais sejam, Teoria do objeto imediato e do objeto final, Teoria dos meios de atingir os objetivos, Teoria do sujeito-fim ou destinatário do direito de propriedade, e Teoria do direito objetivo e do direito subjetivo.

Dentre a corrente dualista formal também existem diversas teorias, tais como Teoria do titular da ação, Teoria das normas distributivas e adaptativas, Teoria das normas de coordenação e de subordinação, Teoria do sujeito da relação, dentre outras. Uma delas que merece destaque é a Teoria de Kelsen, pela qual considera direito público os direitos e obrigações que derivam da vontade alheia ao obrigado, tal como uma decisão judicial, e direito privado os direitos e deveres que derivam da vontade do próprio obrigado, como ocorre no contrato.

Há quem defenda que Kelsen não se enquadra nas teorias dualistas, mas sim na teoria monista, tendo em vista que não considera a diferença de direito público e privado na essência do direito, mas sim nos métodos de criação de cada norma (REIS, 1998). Hans Kelsen disserta sobre o assunto:

O maior valor que advém ao Estado, isto é, aos seus órgãos, em relação aos súditos, consiste em que a ordem jurídica confere aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, ou, pelo menos,



a certos de entre eles – os chamados órgãos da autoridade pública – a faculdade de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade (comando). **Exemplo típico de uma relação de Direito público é o comando ou ordem administrativa, uma norma individual posta pelo órgão administrativo através da qual o destinatário da norma é juridicamente obrigado a uma conduta conforme àquele comando. Em contraposição, apresenta-se como típica relação de Direito privado o negócio jurídico, especialmente o contrato, quer dizer, a norma individual criada pelo contrato, através da qual as partes contratantes são juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca.** Enquanto aqui os sujeitos que hão de ser vinculados participam na criação da norma vinculante – nisto reside precisamente a essência da produção contratual do Direito –, o sujeito que vai ser obrigado não tem, relativamente ao comando administrativo do Direito público, qualquer espécie de participação normativa autocrática, ao passo que o contrato de Direito privado representa um método de criação jurídica pronunciadamente democrático (KELSEN, 1996, p. 311, grifos nossos).

No contexto da teoria monista, entre seus partidários, afirma Sebastião Alves dos Reis, ressaem duas posições polares: “uma que reduz todo o Direito ao Direito Público, aos fundamentos de inexistência de oposição entre interesse público e particular, entre Estado e Direito, apresentando os atos jurídicos, em ambas as ordens, os mesmos elementos”; e outra “que transfere tal redução ao Direito Privado ao argumento de que todo o Direito é vocacionado para o homem, abstrata e concretamente considerado, estando a seu serviço” (REIS, 1998, p. 66).

Diante de tais discussões, houve a proposta da criação de um *tertium genus* do Direito, isto é, um instituto que vá além do Direito Público e do Direito Privado que tenham por objetivo e interesse principal o coletivo, sem prejuízo às instituições específicas do Direito que atuam em determinadas classes, tais como Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, dentre outros (REIS, 1998).

Pois bem, a diferenciação que até então passível de definição (direito público *versus* privado) decai diante da publicização do direito civil, no qual o Estado também cumpre a função de interventor para garantir o acesso a direitos por partes hipossuficientes. Houve também certa privatização do direito público, na medida em que reduziu o viés de subordinação do cidadão ao Estado. Esta mudança adveio da constitucionalização do Direito, conferindo como preceito principal a garantia dos direitos fundamentais às pessoas, sendo este o intuito balizador das normas e decisões atuais.

Percebe-se então uma verdadeira intersecção entre o Direito Público e Direito Privado, que se dá por meio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações público/privado, o que se admite, inclusive, à garantia do acesso à justiça, na medida em que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) estabelece uma visão cooperativa entre o poder Judiciário (público) e os demais operadores do direito, tais como advogados (privado), em busca da efetivação do sentimento de justiça por meio dos métodos alternativos de conflitos.

## 2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, O ACESSO À JUSTIÇA E A COOPERAÇÃO ENTRE PODERES

O conceito de acesso à justiça provoca inquietações aos pensadores do Direito e de outras diversas áreas. A expressão “acesso à justiça”, quando lida sob a ótica do Estado Liberal predominante nos séculos XVII e XIX, possui sentido restritivo, exprimindo o tal instituto como sinônimo ao acesso à Função Judiciária em si, através da propositura de ações judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth lideraram a pesquisa empírica denominada Projeto de Florença, que resultou na obra *Acesso à Justiça*, traduzida no Brasil por Ellen Gracie Northfleet (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Os autores reconhecem a difícil definição da expressão “acesso à justiça”, mas afirmam que ela determina as duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. As duas

finalidades se definem, primeiro, na igualdade de acesso ao sistema por todos; e segundo, na produção de resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 7).

Por esta leitura, entende-se que o Judiciário é o único meio legitimado a solucionar os conflitos que permeiam a vida em sociedade, e por conseguinte garantir à pessoa os direitos que lhes são resguardados.

No entanto, com o advento da Constituição da República (BRASIL, 1988) cada vez mais vem sendo ampliada a garantia ao acesso à justiça, bem como, os meios para tal, especialmente, no tocante aos métodos alternativos de solução de conflitos, estabelecendo uma interlocução entre o Direito Público e o Direito Privado.

Na temática dos métodos alternativos de solução de conflitos, a legislação brasileira passou por avanços significativos nas últimas décadas, com a implantação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996), da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099, de 1999), da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Nacional em Resolução Adequada de Disputas – RAD e por último das novidades trazidas no Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015), quanto a obrigatoriedade da conciliação ou da mediação, todas elas baseadas na premissa garantidora dos direitos fundamentais às pessoas.

No âmbito do Código de Processo Civil, o art. 6º, dispõe que “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*” (BRASIL, 2015). Por esta norma, é de se notar expresso estímulo da interlocução entre as partes, independentemente do regime jurídico que as regulam.

Assim, na busca pela garantia da cooperação entre os sujeitos do processo e pela decisão de mérito em tempo razoável, o art. 3º, §§1º a 3ª, do CPC (BRASIL, 2015) prevê a possibilidade de utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

Do dispositivo supracitado, se observa que não mais interessa se o procedimento para a garantia do direito advém de uma decisão judicial, um acordo extrajudicial, do ato de um advogado ou outra figura responsável pela intermediação das partes para a solução de um conflito (MELO; PAULA; JOSÉ; FERNANDES, 2022, p. 58).

Neste ponto, vale lembrar as teorias dualistas que defendiam a diferenciação de entre o Direito Público e o Direito Privado. Como anteriormente mencionado, umas das formas de se identificar se a norma era pública ou privada é pela forma em que foi emanada. Se advinda de decisão judicial (vontade alheia ao obrigado) se tratava de norma pública e se advinda pela vontade do obrigado, tal como por contrato, se trataria de norma privada.

Desta forma, é de se notar que quando pretendida a efetividade dos direitos fundamentais assim como o acesso à justiça, não mais interessa a diferenciação entre direito público e privado, entre uma decisão judicial ou um termo consensual, sendo certo que o objetivo das tratativas, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, é a busca pela justiça em sentido amplo, tratando-se assim de um princípio colaborativo.

Além disso, é possível enxergar que a intenção do legislador foi priorizar o direito das partes em obter a solução integral do mérito em prazo razoável e de forma satisfativa, buscando o procedimento mais adequado para se obter a solução ‘justa’, seja qual for a natureza dele (judicial ou extrajudicial).

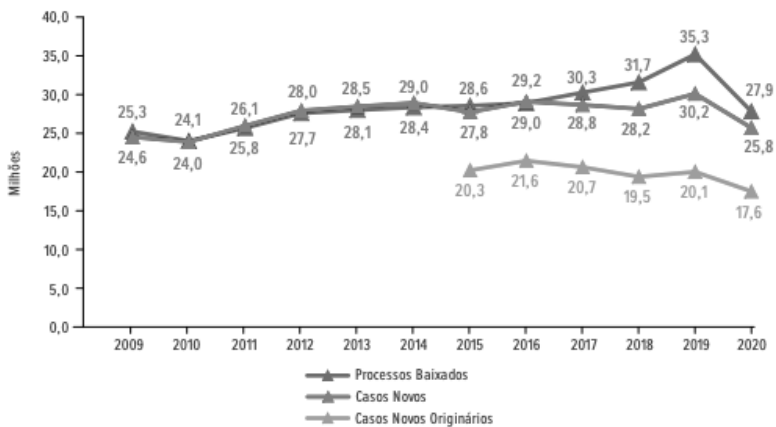
Outrossim, o art. 334, do CPC prevê não apenas a possibilidade de utilização dos meios alternativos, mas a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou mediação (BRASIL, 2015). Dessa maneira, a jurisdição, que inicialmente seria entregue exclusivamente ao Poder Judiciário, pode, ou melhor dizendo, deve ser delegada para serventias extrajudiciais ou ser exercida por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais.

**Art. 334.** *Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015).*

O impacto da utilização dos métodos alternativos de conflitos não é apenas no resultado útil dos direitos de quem está pleiteando, mas também a efetividade e economia do Poder Judiciário, que podem ser traduzidos por pesquisas, conforme a realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2021, denominada Justiça em Números.

Importante consignar que a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos vem se mostrando efetiva ao longo do tempo, conforme Relatório<sup>99</sup> de Justiça divulgado pelo CNJ em 2021, o Poder Judiciário encerrou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, o que são 2 milhões de processos a menos em relação a 2019 e a menor quantidade desde 2009.

**Figura 53 - Série histórica dos casos novos e processos baixados**



(CNJ, 2021, p. 105)

99 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. 2021 - Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

Ainda que tenha que se levar em consideração o fato de termos lidado com uma pandemia, o que sem dúvidas afetou de certa forma o acesso à justiça, diminuindo o número de processos distribuídos no ano, não há dúvidas de que a adoção de métodos alternativos para a solução de conflitos vem ampliando a efetividade do acesso à justiça, principalmente, por tratar-se de uma mudança interna e extensiva, começando desde a mudança dos próprios legisladores, até a estrutura e pensamento do judiciário e das partes que compõe o litígio.

Pode-se afirmar que esta mudança de estímulos e normatizações, além de se adequar aos preceitos da Constituição da República também manifesta significativa solução para a crise de acesso ao Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

Não é segredo para nenhum operador do Direito ou até mesmo para qualquer pessoa que necessite do acesso à justiça no Brasil, que existe extrema delonga no julgamento das causas postas à tutela do Judiciário, incorrendo em diversas injustiças. Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),<sup>100</sup> em 2015, antes do advento do Código de Processo Civil (CPC), existiam cerca de 70,8 milhões de processos e a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4%.

Importante dizer que a demora na prestação jurisdicional não é injusta apenas pelo tempo que se decorre desde o pleito formulado. Ela se manifesta pelas diversas vezes em que a decisão judicial perdeu sua eficácia ou efetividade prática para quem a postulou, ferindo um direito fundamental garantido pelo inciso XXXV, do Artigo 5º, da Constituição da República, o acesso à justiça (BRASIL, 1988).

Diante da problemática aqui trazida, nos deparamos com os mais diversos motivos que justifique a crise no judiciário, seja a judicialização em excesso, processos demorados, gastos que poderiam ser evitados, insatisfação com o resultado, dentre outros motivos. Somado a todos estes fatores, tem-se ainda a questão de estarmos inserido em uma cultura que, até pouco tempo, enaltecia o litígio e menosprezava o diálogo,

---

100 GEN JURIDICO. Atualidades. **Brasil soma quase 100 milhões de casos a serem julgados pelo Judiciário; como solucionar essa questão?**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/10/excesso-judicializacao-no-brasil/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

representando, de certa forma, a separação do direito público e privado instituído pelos romanos.

Nesse contexto, buscando solucionar a crise existente, bem como garantir o acesso à justiça, mas não só isso, garantir uma prestação jurisdicional de forma efetiva, conforme preconiza a Constituição da República (BRASIL, 1988), é que ao longo do tempo vem sendo criados e, principalmente, priorizada a utilização dos métodos alternativos para a solução de conflitos e incentivada a interlocução entre os denominados `direitos`.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações apresentadas, é manifesta a necessidade de incentivo à adoção de políticas autocompositivas de resolução de conflitos, até mesmo no âmbito judicial, como instrumentos de celeridade e qualidade da prestação jurisdicional, mas, antes disso, faz-se necessária a mudança de consciência dos operadores do direito e população em geral, principalmente no que se refere à busca da cooperação entre os poderes, em detrimento à cultura do litígio.

Vale ressaltar que, ainda que não se alcance de imediato os objetivos almejados, o desenvolvimento constante das alternativas de solução de conflito se mostra cada vez mais imprescindível para o desafogamento do judiciário e uma prestação mais efetiva do acesso à justiça, sendo esse um direito constitucionalmente garantido.

Por fim, cabe ainda ressaltar que o tema apresentado aqui teve também o objetivo de servir como ponto de partida para novos estudos envolvendo os métodos alternativos de solução de conflitos e distinguir a efetividade do direito público ou privado.

## REFERÊNCIAS

- BATALHA, Wilson Campos de Souza. **Nova Introdução ao Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº.9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, 1988. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 22 set. 2022.



CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números. 2021**. Brasília: CNJ, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 13 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas Nacionais de 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/metas-nacionais-aprovadas-no-15o-enpj.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022

DORNELLES, Daniëlle. A superação da dicotomia direito público e direito privado diante do paradigma civil constitucional. *In: XI SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Unisc, edição 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acad-net/anais/index.php/snpp/article/download/14769/3602>. Acesso em: 25 set. 2022.

GEN JURIDICO. Atualidades. Brasil soma quase 100 milhões de casos a serem julgados pelo Judiciário; como solucionar essa questão?. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/10/excesso-judicializacao-no-brasil/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito Natural**: visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1992.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI (21, 2012, Uberlândia, MG). **Anais** do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 17 set. 2022.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio.

MELO, Letícia Faturetto de; PAULA, Luísa Monteiro de; JOSÉ, Sara de Castro; FERNANDES, Taciana de Melo Neves Martins. Solução (in)efetiva de conflitos: a participação do advogado e do magistrado. *In*: RIBEIRO, Adriano da Silva; BRAGANÇA, Fernanda; CHAVES, Marcelo Pinto; CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão (org.). **Pensando a solução de conflitos**. Deerfield Beach, Flórida: Pembroke Collins, 2022, p. 54-72.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 35 n 137, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/332/r137-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2022.

RIBEIRO, Adriano da Silva; BRAGANÇA, Fernanda; CHAVES, Marcelo Pinto; CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão (org.). **Pensando a solução de conflitos**. Deerfield Beach, Flórida: Pembroke Collins, 2022.

# OS DESAFIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO CAMINHO ALTERNATIVO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO SÉCULO XXI

*Lucas Soares Lessa*<sup>101</sup>

## INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, em uma visão formal do direito de acesso à justiça, pode-se perceber que, na prática, não atende à demanda da sociedade, tendo em vista que se busca uma acepção mais ampla do referido direito, não se restringindo apenas ao direito de propor uma ação, mas sim de uma ordem jurídica justa, com a resolução dos conflitos. Diante disso, a via judicial não é o único meio para concretização dos direitos humanos, existindo outros caminhos para solução de conflitos que promovem a pacificação e que estão em consonância com a doutrina de proteção aos direitos humanos.

Nesse viés, as práticas restaurativas que incluem como um de seus objetivos a mediação dos conflitos são apresentadas como formas de dissolver divergências entre partes que estão em uma lide, por meio dos princípios da justiça restaurativa, pelo diálogo e escuta ativa, que conta com o auxílio de um facilitador e/ou um mediador de conflito. A jus-

---

101 Graduando em Direito pela Faculdade Doctum de Juiz de Fora/MG.

tiça restaurativa diz respeito à restauração das partes que foram afetadas pela prática de uma ofensa. O crime, geralmente, afeta pelo menos três partes: a vítima, a comunidade e o ofensor. A abordagem da justiça restaurativa visa remediar os efeitos adversos do crime, de maneira a enfatizar as necessidades de todas as partes envolvidas. Isto é realizado, em parte, através da reabilitação do ofensor, reparação em favor da vítima e da comunidade e promoção de um senso de responsabilidade no ofensor e reconhecimento do dano causado à vítima e à comunidade (SICA, 2006).

Immanuel Kant, filósofo prussiano, é um dos pensadores referenciais na discussão e fundamentação do modelo retributivo, o qual trata as discussões em torno deste modelo, no âmbito do direito, como incidentes, na maioria das vezes, às funções atribuídas à pena e à preocupação candente de que, ao ser punido, o homem não seja funcionalizado à vista de outros fins que não a resposta à sua conduta, preservando, deste modo, sua dignidade enquanto homem, deixa-se, comumente, a pergunta pelo sentido da pena.

Assim, trata-se, portanto, de uma discussão em torno do juízo sobre a relação interpessoal e do indivíduo com a sociedade: notadamente sobre a fundamentação da ação individual e seus limites e do poder da sociedade e do Estado à vista destas ações. Como pano de fundo a estas questões deveremos atentar à estruturação de vida que estas ações e respostas refletem no seu dinamismo histórico e valorativo, bem como à própria fundamentação política da vida em sociedade.

## 2. A CONCEPÇÃO DE CRIME NA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Howard Zehr (2008), um dos fundadores e principais defensores da Justiça Restaurativa, aponta em seus estudos um conjunto de diferenças entre duas formas de ver o crime, sendo a retributiva e a restaurativa. Em um quadro comparativo organizado de maneira bastante didática, o referido autor demonstra quais são as principais diferenças entre as duas formas. Sob tal ótica, Zehr (2008, p.174) apresenta os aspectos que formam a ideia de crime, quais sejam: o crime é definido pela violação da lei; os danos são definidos em abstrato; o crime está numa categoria

distinta dos outros danos; o Estado é a vítima; o Estado e o ofensor são as partes no processo; as necessidades e os direitos das vítimas são ignorados; as dimensões interpessoais são irrelevantes; a natureza conflituosa do crime é velada; o dano causado ao ofensor é periférico; a ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos.

Outrossim, no modelo de justiça retributiva quem comete um crime age contra uma ordem estabelecida e regulada por um conjunto de normas abstratas que se impõem a todos. Dessa forma, a primeira vítima de qualquer crime é sempre e antes de tudo, o Estado. O Estado moderno, aliás, tem como um de seus principais motivos de nascimento a criação desta ordem jurídica na qual todos os comportamentos possam ser definidos como criminosos ou permitidos.

Sob tal ótica, quando um crime é cometido, a centralidade da relação estabelecida pelo Estado é com o criminoso. E a relação do Estado com o criminoso é baseada em um recorte da existência do indivíduo, de tal maneira que se consiga ter como único foco o ato delituoso, desprezando contextos formadores e fatos determinantes que constituem a história de vida do indivíduo que cometeu o crime. O que se busca julgar, portanto, é uma ação específica delimitada no tempo e no espaço que se encaixe em um dos casos previstos na legislação como proibidos. A vítima cujos direitos foram violados, apesar de ser quem sofreu a violência, não tem qualquer papel na condução do processo que resultará na condenação. A própria reparação devida está delimitada por uma métrica que nem sempre é compreendida pela vítima. Dada a sentença, o ofensor deve cumprir sua pena como um tipo de expiação, o que, de certa maneira, leva o criminoso a uma condição de sofrimento e inferioridade parecida àquela sentida por sua vítima.

A ideia de justiça tem como uma de suas principais características o equilíbrio entre as partes. O equilíbrio na relação entre vítima e ofensor, pela noção de justiça tradicional, se dá pelo cumprimento da pena. O apenado se percebe como alguém que “pagou sua pena” tão logo termina seus anos de encarceramento ou se submete a outro tipo de punição. Neste sistema, aquele que cometeu algum crime não se vê obrigado a encarar o crime cometido ou mesmo sua vítima. Não se vê obrigado a refletir sobre os danos causados. Não percebe nenhuma vinculação com

a situação e com as consequências geradas por seu ato na vida da vítima. Após algum tempo sofrendo a punição imposta pelo Estado, o próprio ofensor passa a se perceber como vítima do sistema de justiça. O que se estabelece na forma tradicional de compreensão do crime e da punição é, portanto, um ciclo de inferiorização que leva o ofensor ao mesmo nível da vítima. Provoca-se assim um ciclo de ódio interminável que impede que relações de paz sejam construídas nas comunidades.

A exclusão da vítima na definição da pena ou mesmo da reparação é justificada pelos defensores da justiça administrada unicamente pelo Estado como sendo uma maneira de se prevenir tentativas de vingança e ou favorecimento em relação ao ofensor. A justiça é compreendida como a perfeita medida entre violação e dano e punição e reparação, respectivamente (SECCO, LIMA, 2018). Esta medida só poderia ser atingida pela ação de um sujeito imparcial que pudesse usar de sua racionalidade sem a interferência dos sentimentos que geralmente acompanham as vítimas de crimes.

A partir do padrão da justiça restaurativa o crime é visto como um “dano e uma violação de pessoas e relacionamentos”. Esta perspectiva faz com que a ideia de punição usualmente adotada por teorias defensoras do padrão de justiça retributiva seja vista como ineficaz na solução do problema real representado pelo crime. A métrica da punição centrada no ofensor ou no padrão de violação da lei despreza uma porção de necessidades da vítima ou mesmo da construção histórica do ofensor, não tocando, portanto, no que deveria ser a verdadeira finalidade de um sistema de justiça: “a reparação e a correção de algo que não está correto” (SECCO, LIMA, 2018).

Na perspectiva da justiça restaurativa o crime é um tipo de conflito. De acordo com o padrão da justiça retributiva o crime é um fato de natureza diferente dos demais conflitos sociais existentes. O crime está previsto, por exemplo, no código penal, ao passo que os demais conflitos existentes estão colocados sob a categoria de conflitos sociais ou interpessoais administrados ou administráveis sem o aparato do sistema de justiça.

Braithwaite (2003) defende que o principal valor da Justiça restaurativa é ser não dominante. Ou seja, ela não permite que o Estado se

aproprie dos conflitos, ensejando assim um empoderamento dos indivíduos na medida em que estes resolvem por si mesmos seus conflitos e aprendem e se desenvolvem com as soluções encontradas. O criminoso também tem necessidades, assim como a vítima. O crime deve ser visto como um comportamento a ser mudado no ofensor, e para isso o papel da vítima é importante.

Diferentemente do paradigma retributivo, no qual o crime é uma violação contra o Estado, a justiça restaurativa o pressupõe como um dano e uma violação de pessoas, pois deixamos de acreditar em nosso potencial enquanto ser livre, e passamos a ser mais desconfiados em relação aos outros (BRAITHWAITE, 2003). Além disso, outro aspecto afetado diz respeito aos relacionamentos, tendo em vista que o crime por vezes emerge de situações conflituosas e/ou estabelece conflitos entre os envolvidos, imputando-lhe assim uma dimensão interpessoal.

O reconhecimento da dimensão interpessoal do crime tem levado alguns autores a vislumbrarem a possibilidade de atribuírem sua ocorrência como mero resultado de conflito, ou mesmo um agravamento deste. Ressalta-se que isto pode escamotear a complexidade que permeia as relações humanas, tendo dentre outras consequências, sua naturalização e/ou perpetuação do processo de vitimização, especialmente nos casos em que os envolvidos possuam algum grau de envolvimento prévio, a exemplo, os casos de violência doméstica. Nesse sentido, congregamos com Zher (2008) a destacar que “a violência está numa categoria diferente”.

Mesmo não sendo objetivo da justiça restaurativa compreender as causas ensejadoras do crime, e sim a resolução do conflito oriundo de sua ocorrência, esta abordagem não desconsidera que muitos desses crimes decorrem de violações sofridas pelos ofensores durante seu processo de desenvolvimento humano, as quais podem proceder de vulnerabilidade socioeconômica e/ou submissão a situações abusivas. Tal premissa indica que além do atendimento das necessidades das vítimas, o processo restaurativo também deve contemplar aquelas oriundas dos ofensores.

Além de vítima e ofensor, a justiça restaurativa confere importância diferenciada à comunidade, reconhecendo não apenas que esta também é afetada pelo crime, mas que tem papéis a desempenhar em seu enfretamento/tratamento. A participação da comunidade no âmbito da justiça restaurativa

tem se dado durante os processos restaurativos na qualidade de facilitadores e/ou como apoiadores daqueles que são diretamente envolvidos.

Se de um lado o crime representa para a justiça restaurativa um conjunto de violações, por outro, seu cometimento acarreta a obrigação de reparar o mal cometido, competindo ao ofensor, em conjunto com os demais envolvidos, a definição de melhor estratégia para tal. A reparação, ainda que simbólica, é condição precípua para o alcance da justiça.

Compreender o crime sob outra perspectiva é um dos pressupostos da justiça restaurativa. Contudo, este não é único elemento que consubstancia este paradigma, ainda em construção e que pretende alterar significativamente a maneira como o sistema de justiça criminal opera. Sobre isto, salienta-se que a materialização da referida prática se dá pela adoção de metodologias diferenciadas, como por exemplo, a Mediação Vítima – Ofensor, Conferências Restaurativas e Círculos Restaurativos ou de Sentenciamento, as quais buscam solucionar os conflitos decorrentes do crime, sendo tais procedimentos pautados em valores e princípios, a exemplo, respeito, participação; voluntariedade, equidade, confidencialidade, dentre outros.

### 3. A VÍTIMA, O INFRATOR E A COMUNIDADE SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

De acordo com Howard Zehr, para compreender o que é justiça restaurativa, deve-se, inicialmente, mudar o foco epistemológico, ou seja, mudar as lentes, como sugere Zehr, que assim vislumbra as noções de crime e justiça:

Crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation and reassurance (ZEHR, 1990, p. 181).

Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não se trata tão somente de ação típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, trata-se de uma violação nas



relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, devendo, nesse sentido, à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado; assim como deve, também, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem para que possam chegar a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo a justiça avaliada de acordo com a sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

A justiça restaurativa pode ser entendida como um procedimento de consenso entre as partes, em que a vítima e o infrator, e, quando necessário, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participem coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, na forma de procedimentos tais como mediação vítima-infrator, reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade e círculos restaurativos (PINTO, 2008). Ademais, na forma de mediação, é dado às partes a possibilidade de uma reunião num cenário adequado, com a participação de um mediador, para que pudesse ser procedido um encontro onde seria realizado o diálogo sobre as origens e as consequências da lide – conflito criminal – e a construção de um acordo e, também, de um plano restaurativo baseado no caso concreto ora em análise.

Na forma de reunião coletiva e círculo restaurativo, ocorrerá, também, uma mediação em sentido amplo, mais abrangente e reflexiva, ou seja, o diálogo sobre origens e consequências do conflito criminal e a construção de um acordo e de um plano restaurativo ocorre não em nível individual, mas de forma coletiva e integrada com a comunidade. Tais procedimentos propiciam às partes a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence, legitimando-os a construir um acordo e um plano restaurativo, alcançando o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Nesse viés, é importante recordar que a justiça restaurativa é um paradigma que vai além das controvérsias recorrentes que surgem da Criminologia e das Ciências Sociais, trazendo algo novo que transcende a velha discussão entre as correntes da lei e da ordem, da ressocialização e do abolicionismo. Assim, o grande equívoco epistemológico que se observa no debate sobre justiça restaurativa é a tendência dos juristas a reduzi-la a uma discussão jurídica, procurando inseri-la em algumas das vertentes desse debate criminológico, ou entendê-la segundo as velhas molduras do direito penal, quando, na verdade, a justiça restaurativa lança um novo olhar, resignificando a noção de justiça, inclusive agregando outros olhares das ciências que compõe a interdisciplinaridade da justiça restaurativa, notadamente a Psicologia.

#### 4. A IMPLEMENTAÇÃO E OS DESAFIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA

Transcorrido o lapso temporal de mais de 03 décadas desde o início das primeiras experiências anglo-saxônicas de justiça restaurativa, esta prática expandiu-se em diversos países, sendo sua institucionalização orientada pela Resolução 2002/12, elaborada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas – ONU, a qual estabelece os parâmetros para as práticas restaurativas na Justiça Criminal. Na realidade nacional, competiu ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução 225/16 a padronização da justiça restaurativa.

Embora devidamente regulamentada do ponto de vista normativo, algumas questões ainda permeiam o debate teórico acerca dos limites impostos à implementação da justiça restaurativa, com destaque para os seguintes temas: privatização do direito penal, o que teria como principal consequência a possibilidade de aplicação de punição desproporcional e o julgamento efetivado por pessoas sem poder legalmente constituído; benefício exacerbado ao infrator, haja vista que o acordo restaurativo pode acarretar inclusive a extinção da punição nos moldes tradicionais; além da ampliação da rede de controle penal (ZHER, 2008).

Partindo do contexto brasileiro, em que a justiça restaurativa, majoritariamente, tem se voltado à resolução de conflitos considerados de menor potencial ofensivo, seja no âmbito da justiça criminal de adultos – Juizados Especiais Criminais, ou na Justiça Juvenil, pretende-se abordar como a manutenção desta característica pode contribuir para a extensão da rede de controle penal, sem desconsiderar, de outro lado, que as alterações já em curso – atendimento de casos graves, também apresenta desafios à referida prática.

Pallamolla (2009) defende que a utilização de justiça restaurativa em casos de menor gravidade pode contribuir para ampliação da rede de controle penal à medida que submete aos procedimentos restaurativos “situações que normalmente receberiam advertência policial ou seriam redirecionados aos outros setores que não o criminal”, tendência otimizada pela inviabilidade do estabelecimento de acordo entre as partes, ou de seu cumprimento por parte do ofensor, o que remeteria o caso aos trâmites normais da justiça criminal.

Além das tipologias criminais, a falta de critério para o encaminhamento dos casos (discrecionabilidade de juízes, promotores e autoridades policiais), e a possibilidade de os acordos não serem reconhecidos pela autoridade judiciária durante decisão, também são consideradas elementos potencializadores da extensão de rede penal. A fim de evitar a efetivação dos ricos, torna-se fundamental que os programas restaurativos estabeleçam critérios claros de funcionamento, com perfil do público, maneira como se relacionarão os sistemas (retributivo e restaurativo), indicando inclusive as limitações de cada um. Nesse sentido, Sica (2007) salienta a iniciativa ocorrida em 2002, quando o Fórum Europeu de Mediação e Justiça Restaurativa recomendou aos países que desenvolvem tais práticas que passassem a atender casos considerados mais complexos, desde que houvesse esclarecimento mínimo dos fatos e de suas circunstâncias, a fim de que casos sem relevância penal deixassem de ser contemplados.

Aprofundando a temática, Sanzberro (1999) dispõe que além da ampliação relativa a gravidade do delito, outra forma de dirimir os riscos de ampliação da rede consiste na diversificação do público, ou seja, devem ser inseridos em processos restaurativos não somente os agentes primários, tendo em vista que a manutenção desta característica é um

aspecto limitante da atuação, além de contribuir para a perpetuação de estereótipos. Dito de outra forma, não há possibilidades alternativas para quem já ingressou no modelo punitivo, o qual não viabiliza a aquisição de novas habilidades relacionais, deixando estes sujeitos à margem de um sistema que constantemente viola direitos, e que os torna cada vez mais pertencente ao universo do crime.

A tendência de inclusão de casos considerados mais graves desmistifica o conceito equivocado de que a justiça restaurativa se destina apenas à gestão de crimes leves e contribui para dirimir os riscos de extensão da rede controle penal, porém também apresenta implicações em sua operacionalização.

Especificamente em relação ao ofensor, alguns autores defendem que para garantir a efetivação de procedimentos restaurativos envolvendo crimes graves, deve-se abrir mão do princípio da voluntariedade, o qual originalmente consubstancia a referida prática. Isto porque assumir responsabilidade na maneira como se propõe a justiça restaurativa, ou seja, com encontros diretos entre os envolvidos, não é aceito sem resistência (ZHER, 2008). Além disso, a supressão da voluntariedade pode acarretar ainda uma sobrecarga ao ofensor, porque além de ter que responder necessariamente à esfera criminal, já que a natureza do crime inviabiliza a extinção do processo penal, ele teria ainda que participar coercitivamente de procedimentos restaurativos.

A participação de vítimas de crimes graves em procedimentos restaurativos também é constituída por elementos implicadores, pois algumas peculiaridades tornam complexa tal inserção, principalmente nos casos em que os envolvidos possuem prévio envolvimento afetivo, e que os delitos decorram de assimetrias de poder, além de causar traumas profundos, como por exemplo os casos de violência doméstica contra a mulher ou de abuso sexual, como bem sintetizou Zehr:

Mas a mediação nem sempre é apropriada. Mesmo com apoio e garantia de segurança, a vítima pode sentir muito medo. A diferença de poder entre as partes pode ser muito pronunciada e impossível de superar... O crime pode ser hediondo por demais e o sofrimento lancinante... (ZHER, 2008, p. 194).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a justiça restaurativa gerou um grande impacto no século XXI em um contexto referente a comunidade jurídica brasileira, assim como em nosso sistema de justiça criminal, sendo ainda difícil de se avaliar, ou mesmo prever sua inserção, de fato, porque ainda não há registro de divergências jurisprudenciais muito significativas no debate que existe a respeito, que é ainda incipiente. Assim, é possível que aflorem incredulidades, ceticismos, divergências, críticas, resistências e dificuldades que requererão estratégias adequadas de sensibilização e ampliação o debate do referido estudo.

Entretanto, embora seja desejável um marco legal permissivo do uso de práticas restaurativas na área criminal, é sustentável a tese de que a Lei nº 9.099/1995 pode respaldar procedimentos restaurativos, como complemento do sistema. Entretanto, esse respaldo é válido desde que as implementações sejam com cautela e controle, tendo em vista que apesar das possíveis vantagens, devem estar sempre sendo monitoradas e avaliadas.

É importante mencionar, também, que não deve ser permitido que a justiça restaurativa seja um veículo de receita neoliberal, baseada numa criminologia pós-estrutural, pós-moderna ou pós-social, que preconiza uma criminologia gerencial mercadológica, mediante a privatização da segurança pública e do sistema de justiça para os ricos e no abandono das classes empobrecidas à própria sorte na resolução de conflitos de natureza penal, sob o pretexto de estarem “empoderados” para operarem microssistemas de justiça criminal da “comunidade”. Assim, é preciso construir uma justiça restaurativa brasileira e latino-americana, considerando que nossa criminalidade retrata mais uma reação social, inclusive organizada, a uma ordem injusta, cruel, violenta e, por que não, também criminosa.

Por fim, na contemporaneidade brasileira o que se espera é um debate mais expansivo, com ampla participação da população, para que se torne um programa concebido e desenvolvido para ser eficaz e legitimado, onde é manifesta a falência do sistema de justiça criminal e o crescimento geométrico da violência e da criminalidade, gerando, na

sociedade, uma desesperada demanda por enfrentamento efetivo desse complexo fenômeno. Afinal, nosso sistema, em que pese algumas reformas, continua obsoleto, ineficaz e carcomido, sendo certo que a criminalidade dobrou nos anos 80 e triplicou nos anos 90 – e continua a expandir –, e a aumentar a cada dia a descrença nas instituições democráticas, inclusive com o complicador da influência da “mídia” sensacionalista mobilizando a opinião pública rumo a uma atitude fundamentalista que agrava o quadro e produz uma sensação geral de insegurança (PINTO, 2008).

Assim, talvez seja possível a justiça restaurativa no Brasil, como oportunidade de uma justiça criminal participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade.

## REFERÊNCIAS

- BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. Cândido Furtado Maia. Brasília: UNB, 2000.
- BRAITHWAITE, J. The Fundamentals of Restorative Justice. *In*: DINNEN, S. (ed.) *et al.* **A kind of Mending: Restorative Justice in the Pacific Islands**. Camberra: Pandanus Books, 2003, p. 35-43.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKMON, Catherine (org.) *et al.* **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PELIZZOLI, Marcelo (org.). **Cultura de Paz: Restauração e Direitos**. Recife: Universitária UFPE, 2010.

- SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia. **Justiça restaurativa - problemas e perspectivas: *Restorative justice - problems and perspectives***. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2018.
- SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. RJ: Lúmen, Juris, 2007.
- SILVA, Elizabet Leal da. Justiça restaurativa como meio alternativo de solução de conflito. **Arquivo Jurídico**, Teresina: Piauí, v. 1, n. 6, p. 22-38, jan./jun. 2014.
- ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015. (Série Da Reflexão à Ação).





# RESUMOS



# SERVIÇO SOCIAL NA PROTEÇÃO SOCIAL BÁSICA: O SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS (SCFV) PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFERTADO NO CENTRO DE REFERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL RECANTO DO SABER NO MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ-PA

*Samilles do Socorro Guimarães do Santos<sup>102</sup>*

## INTRODUÇÃO

O conteúdo desse estudo tem por finalidade apresentar sobre o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) para crianças e adolescentes, este serviço socioassistencial é ofertado no Centro de Referência de Assistência Social Recanto do Saber no Município de

---

102 Bacharel em Serviço Social pela Faculdade UNINASSAU; Especialista em Serviço Social e Políticas Públicas pela Faculdade do Leste Mineiro.

Rondon do Pará-PA, haja vista que é um serviço que busca desenvolver as potencialidades de inclusão, visando formação à cidadania.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O SCFV é um serviço presente a Políticas de Assistência Social, que visam o Serviço de Proteção e Atendimento Integral às Famílias (PAIF) e o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado às Famílias e Indivíduos (PAEFI), que tem por objetivo complementar o trabalho social com famílias e prevenir situações de vulnerabilidades e risco social.

## METODOLOGIA

O trabalho em debate elaborou-se por meio exercício profissional como assistente social no Centro de Referência de Assistência Social Recanto do Saber no município de Rondon do Pará-PA, juntamente com a coordenação do CRAS, os técnicos de referência, os facilitadores e orientadores sociais. Através da abordagem de pesquisa qualitativa, quantitativa e procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica, documental, experimental, levantamento e estudo de caso, desenvolveu-se o documento de trabalho e o planejamento anual dos serviços ofertados pelo CRAS e por intermédio desse instrumento realizamos os planejamentos semanais das atividades socioeducativas para as crianças e adolescentes.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

O desempenho do proposto SCFV é organizado em grupos com faixa etária de seis (06) aos dezessetes (17) anos de idade, constitui-se de encontros semanais nos dias de segunda, terça e quarta-feira, no período matutino e vespertino e com duração de até duas horas. A execução do planejamento no serviço parte dos eixos norteadores que são: Convivência Social, Direito de Ser e Participação Social. E a partir desses eixos as atividades socioassistenciais são desenvolvidas com propósito de trabalhar o esporte, lazer, arte, cultura, reflexões, projeto de vida e ofi-

cinas. Porém haja vista as demandas identificadas desde o processo do atendimento da ficha de matriculadas, nos encaminhamentos da rede socioassistencial e nas atividades desenvolvidas no serviço, são desafios para a equipe de referência trabalhar numa perspectiva proativa e preventiva nas demandas.

## CONCLUSÕES

Entende-se que o SCFV para criança e adolescentes é de suma importância para o desenvolvimento da cidadania, que trata, tem fundamento complementar ao trabalho social com famílias e que visa o enfrentamento de rompimento de vínculos familiares e comunitários e fortalecer o sentimento de pertença e coletividade.

## REFERÊNCIAS

CADERNO DE ORIENTAÇÕES. Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família e Serviço e Convivência e Fortalecimento de Vínculos. Disponível em: <https://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servcos-e-programas/servicos-e-fortalecimento-de-vinculos>.

INSTRUÇÃO OPERACIONAL nº 01 de 18 de dezembro de 2014/ SNAS/MDS: <http://blog.mds.gob.br/redsuas/wp-content/uploads/2015/01/OI-SCFV-final.pdf>. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/concepcao\\_fortalecimento\\_vinculos.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/concepcao_fortalecimento_vinculos.pdf) -.

PERGUNTAS E RESPOSTAS. Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/wearquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Cartilha\\_PAIF\\_1605.pdf](http://www.mds.gov.br/wearquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Cartilha_PAIF_1605.pdf) -.

# O VALOR DO DINHEIRO NO TEMPO E O DIREITO CIVIL

*Eduardo de Oliveira Chaves*<sup>103</sup>

## INTRODUÇÃO

O dinheiro tem valor no tempo. É de conhecimento popular que a quantia de 100,00 reais nesta data tem um poder de compra muito inferior ao mesmo valor de dez anos atrás. Tal situação decorre, em especial, da inflação que pode ser, em apertada síntese, explicada como a desvalorização do capital em função do tempo, decorrente do aumento do preço dos produtos. Ademais, um capital aplicado em instituições financeiras no decorrer do tempo, será incrementado pelos juros.

Embora seja uma questão de análise comum na matemática financeira e nas ciências contábeis, no direito em geral tal afirmação carece do devido estudo frente sua importância.

Assim, busca-se analisar as formas que a jurisprudência e doutrina adotam para mensurar, arbitrar, quantificar valores indenizatórios, lucros cessantes, entre outras situações concretas, quando deferida o pagamento antecipado em parcela única de valores futuros.

Neste trabalho, portanto, se buscará comprovar, objetiva e didaticamente, a validade da expressão que o dinheiro tem valor no tempo, que

---

103 Eduardo de Oliveira Chaves é servidor efetivo do Tribunal Regional Federal da 6ª Região e ex-empregado do Banco do Brasil S.A, atualmente está no último ano da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

a forma de cálculo inicialmente adotada é inadequada e qual o melhor método para arbitrar a conversão de parcelas futuras em pagamento único.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O disposto no parágrafo único do art. 950 do Código Civil de 2002 permite ao indenizado, vítima de dano que reduz sua capacidade laborativa, converter a pensão mensal que faria jus em um pagamento à vista.

Para prestigiar tal hipótese, quando deferida, o primeiro impulso hermenêutico foi realizar o somatório das parcelas que a vítima teria direito ao longo da vida.

Todavia, pagar tal quantia futura em um momento presente, através da mera multiplicação simplista do valor da pensão pelo número de parcelas, gerará, sem dúvidas, consoante adiante demonstrado, enriquecimento sem causa da parte que receber a quantia.

Como visto, a antecipação em parcela única é um direito do credor. Todavia, ao apurar tal montante meramente multiplicando o valor da pensão mensal pela expectativa de sobrevida da vítima, gera-se uma desproporcionalidade que o direito não pode admitir.

Afinal, a simplicidade desse cálculo gera notória vantagem para o credor. Por óbvio, receber tudo antes é melhor do que receber o mesmo, em parcelas, ao longo de vários meses. Esta afirmação é de uma evidência manifesta. Ao propor o pagamento à vista é possível conseguir um preço melhor, pois, naturalmente, para o vendedor é melhor receber o valor de imediato (MALLET; HIGA, 2013).

Logo, para o credor receber R\$50 mil em um só pagamento não é o mesmo que receber dez parcelas mensais de R\$5 mil. O que é indicado pelo senso comum, a matemática confirma. Ainda que considerado o mais simples dos investimentos, esse valor pago antecipadamente geraria rendimentos ao credor. Enquanto a última parcela, paga dez meses depois, terá um valor real menor, haja vista a incidência natural da inflação (desvalorização do capital) nesse período.

Exemplificando. O credor recebe R\$50.000,00 no ato, retira R\$5.000,00, e aplica o restante na caderneta de poupança com rendimento médio de 0,5% a.m. Ao final de cada mês o credor retira o valor

referente à parcela de 5.000,00 reais, como se estivesse recebendo aquela quantia de forma parcelada. Com o rendimento que obterá ao longo dos meses, no momento em que for resgatar a última parcela terá uma quantia residual referente ao rendimento de, aproximadamente, R\$1.155,00. Demonstra-se:

Figura 1: Planilha demonstrativa 1 (valores em reais)

PARCELA	APLICAÇÃO	RENDIMENTO (0,5% AO MÊS)	SAQUE	SALDO FINAL
2	45.000,00	225,00	5.000,00	40.225,00
3	40.255,00	201,13	5.000,00	35.426,13
4	35.426,13	177,13	5.000,00	30.603,26
...	...	...	...	...
10	6.124,77	30,62	5.000,00	<b><u>1.155,39</u></b>

Fonte: elaboração própria.

## METODOLOGIA

Como metodologia para elaboração deste estudo, foi realizada extensa pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial no intuito de analisar as formas de arbitramento de valores a serem pagos no longo prazo, a variação de quantias monetárias no tempo, bem como métodos matemáticos e hermenêuticos que permitam reduzir ou eliminar discrepâncias na hora de converter pagamentos mensais em parcela única.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

Resta demonstrado que, indiscutivelmente, o pagamento antecipado em igual valor ao somatório das parcelas não equivale ao pagamento em parcela única. Adiante, a jurisprudência buscou formas de resolver a situação, como por exemplo, aplicando um redutor percentual que compensasse a vantagem financeira do pagamento antecipado.

No entanto, igualmente, não se entendeu adequada essa solução. A aplicação de um redutor arbitrário não resolve a questão, tampouco se



mostra adequada diante da manifesta arbitrariedade e falta de cientificidade na adoção de um percentual redutor qualquer. (JUNIOR, 2018).

Com base nisso, defende-se que deve ser utilizado para análise dessas hipóteses de pagamento antecipado de prestações a mesma metodologia já aplicada nas transações financeiras que se utilizam de equações matemáticas para quantificar o valor presente líquido de parcelas vindouras.

Isto é, saber quanto uma parcela que seria paga em 10 anos, por exemplo, vale agora.

Tal método é comumente utilizado em transações bancárias e instituições financeiras para amortização antecipada de empréstimos e financiamentos.

As parcelas futuras, quanto mais distantes, mais contêm juros, afinal, como visto acima, o valor dos juros é diretamente proporcional ao tempo. Dessa forma, quando o credor resolve quitar essa parcela no agora, é feito um cálculo para verificar o “valor presente líquido” dessa quantia “futura”.

O VPL, valor presente líquido, pode ser calculado da seguinte maneira: o quociente entre o Valor Futuro (VF) pela soma de 1 mais a taxa (i), expressa em decimais, elevado ao prazo (n), em dias ou em meses de acordo com o que foi considerado para a taxa.

Figura 2: Fórmula Valor Presente Líquido

$$VPL = \frac{VF}{(1 + i)^n}$$

Fonte: elaboração própria.

Em suma, é um modelo matemático que permite quantificar, trazer para o presente, uma parcela que está no futuro, com valor corrigido.

Percebe-se que é possível utilizar tal equação para solucionar a problematização anteriormente apontada para estabelecer um valor indenizatório que efetivamente corresponda ao montante em parcela única do pagamento antecipado da pensão mensal.

Para isso, deve-se considerar (JUNIOR, 2018):

1. A longevidade do trabalhador com base na expectativa de vida do brasileiro com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;
2. Como taxa de juros, tal valor pode ser arbitrado, mas recomenda-se o uso da taxa de 0,5% por ser, normalmente, o rendimento médio da caderneta de poupança;
3. O valor da prestação sendo igual ao valor que o credor deixa de auferir mensalmente.

Assim, verifica-se que tal método leva em conta as especificidades do caso concreto, enquanto estabelece um padrão entre os julgados, garantindo a segurança jurídica, o princípio da reparação integral do dano, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Considerando, exemplificativamente, um trabalhador que teria direito a pensão de R\$1800,00, por 240 meses, e a taxa de juros de 0,5% a.m, a indenização sugerida seria de 251.245,39 reais.

Em sentido diverso, se adotado o mero cálculo multiplicador do prazo pela remuneração (1800 reais vezes 240 meses), seria alcançado o produto de 432.000,00 reais. Valor muito superior.

O professor Pinto Amaury Junior (2018), inclusive, destaca que esse método é utilizado na Argentina para indenizar os lucros cessantes desde 1978.

Pois bem. O resultado considera que, aplicando os valores em um investimento conservador, o autor irá retirar mensalmente o valor da pensão pelo prazo de sobrevida. Esta técnica matemática reduz a desproporcionalidade da quantia obtida em meramente multiplicar o valor do salário pelos meses esperados de vida do trabalhador, bem como inibe a subjetividade do simples arbitramento.

Comprova-se:

**Figura 3: Planilha demonstrativa 2 (valores em reais)**

<b>PARCELA</b>	<b>CAPITAL INICIAL</b>	<b>RENDIMENTO</b>	<b>RESGATE</b>	<b>SALDO APÓS O RESGATE</b>
<b>1</b>	251.245,39	1.256,22	1.800,00	250.701,61
<b>2</b>	250.501,61	1.253,51	1.800,00	249.955,11
<b>3</b>	249.955,11	1.249,77	1.800,00	249.404,77
<b>4</b>	249.404,77	1.247,02	1.800,00	248.851,79
<b>5</b>	248.851,79	1.244,25	1.800,00	248.296,04
<b>6</b>	248.296,04	1.241,48	1.800,00	247.737,52
...	...	...	...	...
<b>240</b>	1.791,05	8,95	1.800,00	<b>0,00</b>

Fonte: elaboração própria.

## CONCLUSÕES

Demonstrado com clareza os efeitos do tempo em valores financeiros, restou comprovada a inviabilidade e falta de razoabilidade de, no deferimento do pedido do pagamento de parcela única, meramente realizar o somatório das parcelas que o trabalhador faria jus ao longo dos anos. Matematicamente e conceitualmente, comprovou-se que tal metodologia invariavelmente gerava enriquecimento sem causa que não é, naturalmente, o objetivo da conversão em parcela única.

Assim, após estudar as metodologias e natureza do dinheiro no tempo, dos riscos do pagamento parcelado, dos efeitos dos juros e da inflação, bem como do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria, defende-se a aplicação do método “Valor Presente”, não apenas no arbitramento do valor a ser pago em parcela única à vítima que faz jus a pensão mensal, mas também em outras hipóteses de casos concretos, como lucros cessantes, em que é deferido a antecipação de créditos futuros.

## REFERÊNCIAS

- JUNIOR, Amaury. Pensionamento: Pagamento em parcela única e a fórmula do valor presente. **Revista LTr**, São Paulo, v. 82, 82-02/147, fevereiro de 2018.
- MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única: implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único do Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 303-339, jan./dez. 2013.
- PADOVEZE, Clóvis. **Introdução à Administração Financeira**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

# PROPRIEDADE MÓVEL FIDUCIÁRIA E O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE DO RESP N. 1.895.529/BA

*Loyana Christian de Lima Tomaz*<sup>104</sup>

*Vitória Colognesi Abjar*<sup>105</sup>

## INTRODUÇÃO

A teoria do adimplemento substancial fundou-se no direito inglês, evidenciando o cumprimento parcial de uma obrigação e a tentativa, por parte do devedor, de adimpli-la. No contexto interno, a teoria não encontra base legal, apenas interpretações em enunciados e auxílio da doutrina e jurisprudência.

No entanto, ao anexar a teoria citada no Decreto-Lei n. 911/69, verifica-se uma rigidez na jurisprudência, afastando, por completo, sua aplicação. Esse posicionamento justifica-se pelo cumprimento integral dos contratos e a necessidade de tutelar o credor perante à propriedade móvel fiduciária.

Destarte, o objetivo geral da pesquisa é verificar a aplicação do adimplemento substancial na propriedade móvel fiduciária. Quanto aos objetivos específicos, tem-se: conceituar a propriedade fiduciária; averi-

---

104 Mestre em Filosofia, professora na Universidade do Estado de Minas Gerais.

105 Graduanda em Direito, na Universidade do Estado de Minas Gerais.

guar a definição de adimplemento substancial na doutrina e; examinar o REsp n. 1.895.529/BA.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os bens móveis são aqueles passíveis de movimento. Este, por sua vez, pode ser próprio ou por uma força alheia, não ocasionando a alteração em sua substância ou destinação econômica (art. 82, do CC). Nessa perspectiva, uma das formas para adquirir uma coisa móvel é através da tradição, que consiste em um: “acordo de vontades, um negócio jurídico de alienação, quer a título gratuito, como na doação, quer a título oneroso, como na compra e venda” (GONÇALVES, 2022, p. 110).

A partir disso, vê-se a figura da propriedade fiduciária, conceituando-se como uma “propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (art. 1.361, do CC).

Nessa relação, o credor passa a ser denominado como fiduciário, enquanto o devedor, adquirente do bem, condicionado ao pagamento das prestações, define-se como fiduciante. Dessa forma, tem-se:

[...] a transferência do domínio do bem móvel ao credor, denominado fiduciário (em geral, uma financeira, que forneceu o numerário para a aquisição), em garantia do pagamento, permanecendo o devedor (fiduciante) com a posse direta da coisa. O domínio e a posse indireta passam ao credor, em garantia. Não se dá tradição real, mas sim ficta, pelo constituto possessório. O domínio do credor é resolúvel, pois resolve-se automaticamente em favor do devedor alienante, sem necessidade de outro ato, uma vez paga a última parcela da dívida (GONÇALVES, 2022, p. 449).

Nesse ínterim, a propriedade fiduciária forma-se com o registro do contrato, particular ou público, no Registro de Títulos e Documentos no domicílio do devedor, visto que se trata de bem móvel (art. 1.361, §1º, do CC). Conseqüentemente, “o alienante, que transferiu fiduciariamente a propriedade, readquire-a pelo só pagamento da dívida” (GONÇALVES, 2022, p. 448).

No entanto, a reavaliação da propriedade móvel pode ser dificultada pelo inadimplemento. Nessa hipótese, o Decreto-Lei n. 911/69, em seu art. 2º, ensina que:

[...] o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

Nessa conjuntura, há a possibilidade do fiduciante deixar de adimplir poucas prestações, causando um desequilíbrio entre os valores inadimplidos e a avaliação do bem. Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência tentam solucionar a presente controvérsia, embasando-se do direito comparado, em específico, no adimplemento substancial.

O instituto do adimplemento substancial “decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475” (ENUNCIADO Nº 361).

Nesse cenário, a doutrina nacional busca estabelecer alguns critérios para sua aplicação, como: a satisfação, mesmo que imparcial, do credor; comparação entre a parcela descumprida e a avaliação do bem; esforço do devedor em adimplir integralmente a dívida; indicação de meios menos gravosos para o adimplemento e; utilidade da extinção da obrigação (FERREIRA, 2019).

Por conseguinte, viu-se necessário examinar o REsp n. 1.895.529/BA, com a finalidade de solucionar determinada instabilidade que adentra a propriedade móvel fiduciária, quando evidenciado o adimplemento substancial.

## METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado consiste no estudo das peculiaridades do objeto, interligando suas características principais ao seu aspecto

subjetivo, conceituando-se como qualitativo. Além disso, pautou-se no método dedutivo, buscando premissas já existentes, com um alto teor verdadeiro, com o escopo de alcançar outras, com uma alta chance de comprovação. Logo, a abordagem explana fatores genéricos a procura dos específicos (FREITAS; PRODANOV, 2013).

Dessa maneira, o estudo embasou-se no conceito geral de propriedade móvel fiduciária e no adimplemento substancial, com foco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), exemplificada pelo REsp n. 1.895.529/BA

Outrossim, explorou-se a pesquisa bibliográfica, utilizando obras de alguns autores como: Antônio Carlos Ferreira e Carlos Roberto Gonçalves. Realizou-se, também, um exame dos artigos presentes no Código Civil e a leitura de enunciados, a fim de definir o adimplemento substancial e sua extensão.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

À vista do que fora exposto, a propriedade móvel fiduciária rege-se pelo Decreto-Lei n. 911/69, discutindo que em caso de inadimplemento o bem será alienado. Contudo, há circunstâncias que grande parte da dívida já foi adimplida, recorrendo-se à jurisprudência para sanar determinada divergência.

Nesse âmbito, o Banco Itaú interpôs o REsp n. 1.895.529/BA, na tentativa de alterar a decisão do juízo *a quo*, que concedeu a teoria do adimplemento substancial, na propriedade móvel fiduciária, posto que o recorrido havia adimplido mais de 90% do valor acordado. Desse modo, o relator explica que o STJ possui entendimento consolidado sobre a inaplicabilidade da teoria mencionada ao ser verificada com o Decreto-Lei n. 911/69:

Nas razões do apelo, o recorrente alega que houve violação dos artigos 2º, § 2º, e 3º do Decreto-lei 911/69, sustentando a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial e a viabilidade da busca e apreensão do veículo. Assevera, ainda, que o acórdão recorrido divergiu do entendimento de outros Tribunais pátrios



quanto ao tema (REsp n. 1.895.529/BA. Relator: Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 04/12/2020).

Percebe-se, diante do fragmento em epígrafe, que a Corte mantém o posicionamento de rigidez quanto à aplicação da teoria, preferindo, por logo, sublinhar o cumprimento integral do contrato, ao verificar a incidência do Decreto-Lei n. 911/69.

## CONCLUSÕES

Conclui-se que o STJ afasta a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial ao relacionar-se com a propriedade móvel fiduciária, mesmo que o valor adimplido preencha todos os requisitos que a doutrina exalta. Ou seja, a satisfação imparcial do credor, uma vez que o valor quitado quase alcançou sua totalidade e o devedor esforçou-se para evitar o inadimplemento.

Assim sendo, acredita-se que a teoria deve ser amadurecida no ordenamento jurídico, com o escopo de estabelecer critérios positivados para evitar divergências, mesmo que a Corte possua um entendimento consolidado sobre o assunto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 911, de 01 de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm). Acesso em: 16/09/22.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 16/09/22.

CJF. **Enunciado nº 361, da IV Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 16/09/22.

FERREIRA. Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. **Revista dos Tribunais**, v. 18, p. 35-60, 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017cd12acc1a7b7e8600&docguid=Iaa956360619111e9b271010000000000&hitguid=Iaa956360619111e9b271010000000000&spos=2&epos=2&td=1027&context=5&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16/09/22.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STJ. **Recurso especial n. 1895529/BA**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 04/12/2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=-documento&componente=MON&sequencial=118987131&num\\_registro=202002397744&data=20201210](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=-documento&componente=MON&sequencial=118987131&num_registro=202002397744&data=20201210). Acesso em: 16/09/22.

# A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NA SÍRIA

*Natan Oliveira de Souza*<sup>106</sup>

## INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Internacional possui uma função primordial no Direito Internacional Público por proteger os direitos e os interesses dos sujeitos internacionais e repará-los nos casos de violação. Assim, a presente pesquisa tem por finalidade averiguar a Responsabilidade Internacional da Síria por violar a dignidade humana a partir da utilização de armas químicas. Desse modo, justifica-se a seleção da temática tendo-se em consideração as graves violações aos direitos básicos do homem, devendo haver uma reparação pelos danos causados à população síria.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O desdobramento do conflito na Síria ocorre no ano de 2010, na denominada Primavera Árabe, quando o país se deparou com um alto índice de desemprego, além de uma governança corrupta e autoritária

---

106 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Pós-graduado em Direito Constitucional e Direitos Humanos e Ressocialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Rio de Janeiro, Brasil.

que proporcionava uma péssima qualidade de vida a seus cidadãos, gerando uma série de protestos (SOUZA, 2022).

No ano posterior, as manifestações requerendo reformas constitucionais e melhorias expandiram-se, todavia foram contidas pelo governo de Bashar al-Assad com forte repressão, resultando em uma revolta nacional, tornando o conflito generalizado entre grupos religiosos e políticos (SOUZA, 2022).

Em 2013, vários vídeos começaram a ser vinculados no canal do YouTube demonstrando pessoas mortas e hospitalizadas em decorrência de ataques com armas químicas. Inicialmente, o governo negou a autoria, porém, nos ataques posteriores, o *Fact-Finding Mission* (FFM), por meio da Decisão C-SS-4/DEC.3, comprovou que a autoria dos ataques com armas químicas era das Forças Aéreas Sírias, comandadas pelo Presidente Bashar al-Assad (CORREIA, 2020).

Entretanto, em todo o ordenamento jurídico, deduz-se que os sujeitos de direito sejam responsabilizados em virtude dos seus comportamentos que ocasionem danos aos direitos de outrem. No âmbito internacional, o instituto da Responsabilidade apresenta-se com a missão de regular as relações entre os Estados, protegendo os bens internacionais e garantindo a igualdade soberana entre os países.

Nesse contexto, após a aprovação do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (PARI), o qual regulamentou os dispositivos para a imputação da Responsabilidade aos Estados, tornou-se necessário o preenchimento de três elementos-chave a seu respeito: 1) O fato gerador; 2) O prejuízo; 3) Os efeitos de imputação (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999).

Sendo assim, buscar-se-á os elementos necessários no caso em questão para averiguar se caberia imputação da Responsabilidade Internacional na Síria, de modo a findarem as violações à dignidade humana e verificar-se as possíveis reparações legais.

## METODOLOGIA

A construção da pesquisa se dará por intermédio da metodologia mista, composta de dados qualitativos mediante estudos bibliográficos

de artigo, livros, dissertação e documentos jurídico-normativos, além dos dados quantitativos para se constatar os números de mortos e feridos pelo uso de armas químicas, com o propósito de se verificar o enquadramento da Síria nos requisitos necessários para ser imputada a Responsabilidade Internacional por violação à dignidade humana, na utilização de armas químicas.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

A imputação da Responsabilidade Internacional a um Estado é complexa e altamente sensível do ponto de vista político no quadro das relações internacionais, pois qualificar determinado comportamento estatal pode afetar os interesses individuais ou comunitários no âmbito dos vínculos internacionais. Nesse sentido, pautando-se na responsabilidade por fatos internacionalmente ilícitos, no PARI, e tendo-se em consideração que a Síria é signatária da Carta das Nações Unidas, verifica-se a ilicitude no caso em análise.

A responsabilidade objetiva, constituída das obrigações primárias violadas, pode ser identificada nos artigos nºs 1º, n 3º e 55, alínea c, da Carta da ONU, e nos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, 9º e 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que asseguram a todos os homens a dignidade humana e a proteção dos direitos básicos. Além disso, atente-se à violação das normas do Direito Internacional Humanitário, como o artigo 18 da Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civas em Tempo de Guerra, e os dispositivo 1º, n.º 1, alínea c, e nº 5, e a Parte VI, A, nº 1 e 2, da Convenção Internacional sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas, e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo.

No que tange à responsabilidade subjetiva, observa-se a conduta autoritarista do Presidente da Síria e dos Agentes da Força Aérea Síria, que utilizaram armas químicas, resultando em milhares de mortes e outros inúmeros feridos. Desse modo, tem-se que o fato gerador é a conduta positiva do órgão executivo, por meio do Chefe de Estado e dos Agentes das Forças Aéreas Sírias, aplicando o uso de armas químicas para atacar a população e, consequentemente, violando o bem jurídico tutelado – a dignidade humana.

Quanto ao prejuízo, segundo a OI Médicos Sem Fronteiras, no ataque com armas químicas houve cerca de 3.600 pessoas hospitalizadas que apresentaram sintomas neurotóxicos, resultando em 355 mortes. Entretanto, uma avaliação realizada pelo governo americano constatou a morte de 1.429 pessoas (SILVA, 2015). Assim sendo, caracteriza-se o dano patrimonial e moral aos feridos e aos familiares dos entes falecidos.

Destarte, consoante a Parte II do PARI, os primeiros efeitos de imputação da Responsabilidade aos atos ilícitos praticados pela Síria através do Poder Executivo encontram-se estabelecidos no artigo 19 do PARI, o qual obriga o país sírio a retornar às obrigações internacionais primárias, além de cessar as práticas ilícitas, conforme o artigo 30 do documento. Desse modo, a forma de reparação do prejuízo ocasionado aos cidadãos sírios será a reparação por equivalência para indenizar os bens, interesses e direitos dos lesados, incluindo nos cálculos os lucros cessantes, os danos emergentes, os juros e a contribuição estabelecidos nos artigos 36, 38 e 39 do PARI.

Ressalta-se, ainda, que o documento considera os atos ilícitos praticados pela Síria como uma violação grave por descumprir flagrantemente normas *jus cogens* de matéria de direitos humanos e fundamentais, além do direito internacional humanitário, de acordo com seus artigos 40 e 41. Neste caso, os Estados deverão cooperar para pôr fim, por meios legais, a todas as violações ocasionadas pela Síria.

Portanto, a Síria apresenta os elementos fundamentais para serem caracterizados a Responsabilidade Internacional, por ter a conduta ilícita praticada pelo Poder Executivo, que transgredir as normas primárias internacionais com a utilização de armas químicas, e o nexo de causalidade, que conecta os danos ocasionados ao fato gerador do Executivo.

## CONCLUSÕES

A Responsabilidade Internacional estabelece, na sociedade internacional, relações equânimes baseadas na cooperação, no progresso humano e no respeito. Assim, quando um Estado viola direitos dos sujeitos internacionais, imputa-se a Responsabilidade a fim de reparar os danos causados.

Analisando-se o contexto do conflito interno na Síria, verificou-se a adequação dos três elementos-chave para a caracterização da Responsabilidade Internacional, sendo comprovadas as transgressões às obrigações primárias quanto aos Direitos Humanos e Direitos Internacionais Humanitários, tendo em vista o uso inconsequente das armas químicas em face dos cidadãos sírios, acarretando em milhares de mortes e feridos, demonstrando a grave violação à dignidade humana, cabendo a imputação das consequências jurídicas consagradas no PARI.

## REFERÊNCIAS

- CORREIA, Ana Maria Carvalho Ferreira da Silva. O Direito Internacional Humanitário e as Armas de Destruição Massiva: O caso da Síria. **Revista de Ciências Militares**. 2020. Disponível em: [https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/36794/1/O%20Direito%20internacional%20humanitario...%20%28por%29\\_Ana%20Correia%20.pdf](https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/36794/1/O%20Direito%20internacional%20humanitario...%20%28por%29_Ana%20Correia%20.pdf). Acesso em: 27/08/2022.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- ONU. **Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados**. Tradução: SALIBA, Aziz Tuffi. 2001. Disponível em: [https://elearn2122.upt.pt/pluginfile.php/45303/mod\\_resource/content/0/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf](https://elearn2122.upt.pt/pluginfile.php/45303/mod_resource/content/0/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf). Acesso em: 28/08/2022.
- SILVA, Marta Aleixo Dias Vieiras da. **A utilização de armas químicas e o uso unilateral da força: o caso da síria**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2015. Disponível no repositório da UCP em: [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18632/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado\\_Marta%20Vieira%20da%20Silva\\_Vers%C3%A3o%20Final%20PDF.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18632/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado_Marta%20Vieira%20da%20Silva_Vers%C3%A3o%20Final%20PDF.pdf). Acesso em: 28/08/2022.

SOUZA, Natan Oliveira de. Direitos Humanos aos Refugiados: análise da Guerra Civil da Síria. *In: Governança e Inovação na Perspectiva Jurídica*. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2022.



# A POLÍTICA CRIMINAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE SOCIAL

*Marina Soares da Fonsêca*

## INTRODUÇÃO

A política criminal brasileira é um assunto que sempre motiva calorosos debates e divide opiniões, sendo objeto de apontamentos críticos acerca do ordenamento e do sistema penal, gerando dúvidas sobre o papel do Estado, enquanto responsável pela gestão das políticas públicas, e das relações sociais no desempenho da criminalidade.

Nesse contexto, o sistema judicial é marcado pela imprecisão, urgência de soluções e carência na prática referente às proporções entre crimes e penas, dado que os delitos podem ocorrer em escalas de maior ao menor grau e muitas vezes são punidos sem atender ao princípio da proporcionalidade, sendo influenciados por uma série de fatores sociais, econômicos e políticos.

O objetivo do trabalho ora proposto é precisamente vinculado aos mecanismos de intervenção que a sociedade brasileira possui e como estes são utilizados na repressão normatizada dos comportamentos que apresentam desvio através das regras e princípios utilizados nas tentativas de prevenção das infrações penais no contexto atual, proporcionando a

perspectiva do ponto de vista por meio das teorias de Émile Durkheim e Michel Foucault.

Para a elaboração deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com estudo de artigos científicos acerca do tema produzidos no Brasil, bem como teses e livros escritos por autores internacionais, considerando o objeto de pesquisa e selecionando os materiais que correspondiam aos interesses do estudo proposto, consistindo na dedução lógica a partir de premissas teóricas críticas.

## 1 A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Sendo responsável pela divisão sistemática dos princípios e regras pelos quais o Estado realiza a repressão das infrações penais, a política criminal brasileira é marcada pela falta de definição, seletividade e a pena como via única de resposta para o controle da criminalidade, sem políticas públicas alternativas, como afirma o professor Juarez Cirino dos Santos:

No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal” (CIRINO DOS SANTOS [2007], p. 453).

É evidente que a política criminal do Brasil gira em torno da ideia de pena e que a punição como instrumento de garantia das relações de

dominação Estatal atende aos interesses mais classistas da sociedade, fomentando a desigualdade e legitimando o Direito Penal como mecanismo de garantia de repressão comportamental normatizada em caráter emergencial.

A crescente taxa de criminalidade vem realizando um trabalho confirmatório de que os objetivos e procedimentos utilizados como intervenção atualmente são extremamente falhos e apenas servem para satisfazer os discursos punitivistas que idealizam a neutralização do transgressor como finalidade única. Assim, essa política ilusória promove um ciclo vicioso difícil de se desvencilhar e que pode ser facilmente enquadrada como política de extermínio.

Nessa conjuntura, os aparatos de combate à criminalidade são apoiados no caráter emergencial que impulsiona a produção de legislações movidas pela necessidade de solução rápida, concentrada unicamente em atender às expectativas públicas com objetivos políticos.

## 1.1 O CONTROLE SOCIAL NA POLÍTICA CRIMINAL SISTEMÁTICA

No âmbito sociológico, o termo “controle social” se refere aos aparatos e recursos que uma sociedade dispõe para garantir a conformidade de comportamento de seus indivíduos, sendo asseguradas por uma série de princípios e regras de ordem moral que influenciam diretamente a política, a justiça e a legislação criminal de um determinado país.

Os mecanismos gerais de que predispõe a política criminal brasileira, bem como suas estratégias, privilegiam a observação das problemáticas relacionadas à ordem social, com ênfase na desobediência das normas e representações de ameaça a ordem, sendo a pena um objeto de reação coletiva voltada a garantia de punição que permite a continuidade da integração social. Nas formulações de Émile Durkheim (1858-1917), os fenômenos e instituições cujo dever é reafirmar a ordem social devem estabelecer um grau de regulação societária que faça uso necessário da coerção sem excessos, antecipando questões relativas ao controle social. Mais especificamente, as reflexões indicam que para a manutenção da ordem e da harmonia social deve-se conhecer a estrutura, regularidade e

os elementos que são passíveis de mudança, assim como os meios viáveis relativos a dinâmica social para que o prosseguimento estável das relações sociais seja perpetuado.

Sem dúvida, essa perspectiva mais crítica acerca do controle social e seus mecanismos aplicadores estimulam os debates pertencentes a política criminal atual do Brasil e seu sistema de planos de combate repressivos. Sendo o crime considerado como principal flagelo da sociedade, é pertinente que sejam levantadas questões relacionadas aos procedimentos aplicados quando há ocorrência das infrações penais e a eficiência das estratégias do Estado, atentando para os efeitos de aumento da violência social, das taxas de delito e grau de reincidência.

## 2. PROBLEMÁTICAS DO ATUAL SISTEMA JUDICIÁRIO PENAL BRASILEIRO

Quando falamos de sistema jurídico, é comum que a ideia do ordenamento ressurgja como um ponto de partida para toda e qualquer análise do direito. O seu desenvolvimento conta com a previsibilidade dos critérios influenciadores das decisões judiciais, considerando seu aspecto racional e formal, onde no Brasil acrescenta-se ainda apelações de fatores exteriores, como religião e política.

Para a existência de um poder judiciário é necessária a prévia existência de um fundamento. Guiado pelo ideal de justiça, soa utópico que este se distancie de um vínculo real com a sociedade justamente pelo seu caráter defensor de interesses sociais, manifestando as realidades observáveis desde a sua criação, pois as relações jurídicas provêm das massas populares.

Neste contexto, as contrariedades do sistema judicial brasileiro se aproximam cada vez mais do caos, repleto de peculiaridades e pormenores que produzem efeitos lascivos para a sociedade. A gravidade da demora pela espera de um julgamento bem como condenação definitiva, por exemplo, representa a prolongação do sofrimento psicológico da vítima e de seus familiares, além de permitir que o acusado permaneça sob expectativa de absolvição ou cárcere durante um longo período de tempo.

## Como afirmar Cessare Beccaria:

Nosso conhecimento é proporcional às nossas ideias. Quanto mais complexas as ideias, mais numerosas são as formas desse conhecimento. Cada homem tem seu ponto de vista e, em diferentes momentos, vê os mesmos temas sob diferentes perspectivas. O espírito da lei será, portanto, o resultado da boa ou má lógica do juiz, e isso dependerá de sua boa ou má digestão, da violência de seus interesses, da fraqueza de quem a sofre, das relações do juiz com o acusado e de todas aquelas pequenas circunstâncias que alteram a aparência de cada objeto, na atuante mente humana (BECCARIA, 2015, p. 19).

É possível então imaginar que o princípio da presunção de inocência, reconhecido internacionalmente e previsto na Constituição Federal, encontre dificuldades para ser aceito pela população que, sem conhecimento de termos técnicos ou básicos do direito, incorpora sua toga e exerce seu poder inquisitório no tribunal da justiça popular.

Para Michel Foucault, as opiniões pessoais também influenciam o sistema penal:

Naturalmente, damos um veredicto, mais ainda que reclamado por um crime, vocês bem podem ver que para nós funciona como uma maneira de tratar um criminoso; punimos, mas é um modo de dizer que queremos obter a cura (FOUCAULT, 1975, p. 26).

As soluções paliativas, por sua vez, nem de longe representam uma melhora efetiva no desempenho dos órgãos judiciais e por isso destaca-se a importância da centralização dos estudos acerca dos mecanismos punitivos, englobando também os efeitos positivos que estes poderiam vir a produzir, deixando de lado o foco apenas nos efeitos repressivos. Cabe citar, que a evolução da justiça penal conta uma história de relações de poder e objeto. É imprescindível, portanto, estabelecer um parâmetro que servirá de bússola para guiar o processo “epistemológico-jurídico” para que, como diria Foucault, obtenhamos a tecnologia do poder no

princípio tanto da humanização da penalidade quanto do conhecimento do homem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, o Estado promove a luta contra as infrações penais, entretanto o sistema criminal carece de análises sociológicas mais aprofundadas, pois as intervenções com o objetivo de normatizar e garantir conformidade comportamental dos indivíduos marginalizados traz uma série de consequências cíclicas, tornando o processo de ressocialização extremamente difícil.

É notável que para a maior parte da população os dispositivos legislativos e as instituições de controle social centralizam o poder de resolução de todas as problemáticas oriundas do convívio humano em sociedade, causando a falsa sensação de que as leis criadas sob caráter emergencial e exclusivamente punitivistas iriam sanar a busca por penas excessivamente agravadas e a perda do direito de progressão de regime, para conter o aumento desenfreado da criminalidade evidente, sem atentar para detalhes importantes como a superlotação abrupta das penitenciárias, que fomentam a criação de outras organizações criminosas.

Assim, o populismo penal e o punitivismo demasiado associados a ineficiência dos sistema judiciário e da política criminal vigente criam um cenário amedrontador, onde a promoção da justiça se perde em meio a ilusões e delírios influenciados pelas mais diversas opiniões, afetando também o processo legal, cuidando dos efeitos e não das raízes do problema.

A equidade entre culpabilidade e punição deve segmentar as formas de combate a criminalidade e ser a base das políticas públicas que buscarão evitar o populismo penal midiático, sem deixar de lado o combate à impunidade, propagando assim o entendimento da igualdade e sugerindo a promoção de justiça de forma justa.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Trad. São Paulo: Saraiva, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2007, p. 453.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DURKHEIM, ÉMILE. “Deux Lois de L’évolution Penale”. **Année Sociologique**. IV, 1899-199.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Para onde vamos com o populismo penal**. Disponível em: <http://www.redebomdia.com.br/blog/detalhe/2873/Para+onde+ vamos+ com+ o+ populismo+ penal%3F>. Acesso em: 25 out. 2021.

# O INSTITUTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS E SUA INSERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

*Melisse Rithiele da Silva Azambuja*<sup>107</sup>

## INTRODUÇÃO

No momento atual e diante da vasta possibilidade de conhecimento acerca de outros sistemas jurídicos, não há como negar que o nosso sistema processual penal brasileiro é muito desatualizado e primitivo, tendo que se adequar aos poucos, conforme a evolução da sociedade, bem como da tecnologia.

Sendo assim, um grande avanço no processo penal foi a inserção do Instituto da Cadeia de Custódia de Provas, através da Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como “Pacote Anticrime”.

De forma geral, entende-se por cadeia de custódia de provas a sequência de atos que devem ser realizados enquanto a “prova” coletada estiver sob poder do Estado. Tal Instituto foi criado com objetivo de garantir maior segurança jurídica e confiabilidade à prova produzida,

---

107 Graduanda em Direito pela Faculdade Dom Alberto, atualmente no 9º semestre do curso.



seja durante a instauração do inquérito policial ou até mesmo durante a instrução do processo penal.

Desse modo, em face desta inovação acrescentada em nosso sistema processual penal, que é uma vitória não só para a Defesa, mas também para a pessoa que está respondendo um processo criminal, visto que sua aplicação garante, conseqüentemente, um processo penal justo, reduzindo decisões e condenações equivocadas, através deste resumo, busca-se compreender um pouco mais sobre a importância que possui este Instituto para o nosso processo penal, desde a sua inserção ao ordenamento jurídico brasileiro à sua conceituação, sob o ponto de vista de Autores que se dedicam à área.

## 1. O QUE SIGNIFICA “CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS” E QUAL SUA FINALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO?

Inicialmente, para compreendermos, de fato, o significado e o objetivo trazido pela Cadeia de Custódia de Provas, primeiramente, é necessário entender o que se entende por prova no processo penal.

Segundo o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, o termo “prova” é oriundo do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, sendo que sua finalidade é induzir o convencimento do Juiz em relação a “verdade” do fato gerador que deu origem à respectiva ação penal, ou seja, almeja-se a verdade processual, mais especificamente, a verdade atingível ou possível (NUCCI, 2021).

Dito isso, dando continuidade sobre a definição do que significa a Cadeia de Custódia de Provas, compreende-se que é uma sequência de atos que visam manter a qualidade e preservação original do vestígio coletado, que, por consequência de sua aplicabilidade, traz maior segurança e confiabilidade à prova, a qual foi produzida em observância ao princípio do devido processo legal e por profissionais habilitados na área (LOPES JR., 2021).

Por fim, importa acrescentar que a quebra da cadeia de custódia de provas leva à ilicitude da prova, de modo que, sendo ilícita, esta não deve

ser admitida. No entanto, se a prova já estiver sido incluída ao processo, deve ser declarada ilícita pelo Magistrado, necessitando ser desentranhada dos autos e não devendo possuir valor algum para o convencimento deste (LOPES JR., 2022).

## 2. A INSERÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Primeiramente, no que diz respeito à origem da cadeia de custódia de provas no Brasil, tal Instituto veio regulamentado pela Lei nº 13.964/2019, no entanto, antes mesmo da entrada em vigor do referido Diploma Legal, a cadeia de Custódia já estava sendo aplicada e servindo como objeto de entendimento em determinados casos pelas Turmas Recursais (AVENA, 2021).

Esta série de cuidados com a prova já era prevista na Portaria SENASP Nº 82, de 16 de julho de 2014, sendo aplicada, desde então, por peritos criminais e juristas. No entanto, a Cadeia de Custódia somente veio normalizada com aplicação obrigatória através da Lei nº 13.964/2019, há aproximadamente 05 (cinco) anos depois (MACHADO, 2017).

Sendo assim, a Lei 13.964/2019 trouxe um regramento para a captação, conservação e descarte de vestígios materiais do crime, dando origem à tão temida cadeia de custódia de provas, estabelecendo-a como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (NUCCI, 2022, p. 460).

De forma geral, os dispositivos inseridos no Código de Processo Penal – artigos 158-A a 158-F – dispõem sobre a conceituação e início da cadeia de custódia de provas; a forma de procedimento com suas respectivas etapas, desde o momento da coleta até o descarte; competência/legitimidade para realizar as coletas dos vestígios; recipientes adequados para forma de acondicionamento dos vestígios coletados, e por fim, após a realização da perícia, o material coletado deve ser devolvido à central de custódia.

Finaliza-se este tópico, acrescentando que todo esse regramento rigoroso e até mesmo difícil de ser cumprido em sua integralidade, é necessário ao processo penal brasileiro, vez que impede a manipulação indevida da prova, pois esta será submetida à análise por profissionais habilitados na área em questão e imparciais, obtendo, dessa forma, melhor qualidade das decisões judiciais, reduzindo condenações injustas, que muitas vezes são amparadas em provas sem credibilidade, produzidas sem a observância do devido processo legal (LOPES JR., 2022).

### 3. METODOLOGIA

Para cumprir com a finalidade desta pesquisa, foram utilizados o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revistas, livros e artigos de autores que se dedicam à temática proposta.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível verificar a importância da inserção da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, vez que a sua regulamentação, além de trazer uma inovação revolucionária ao Código de Processo Penal, considerando a evolução e diversidade das provas criminais atualmente produzidas e utilizadas em ações penais (provas digitais, interceptação telefônica etc.), trouxe também mais segurança no que diz respeito aos procedimentos periciais.

Dessa forma, a aplicação correta da cadeia de custódia de provas no processo penal, ocasiona, conseqüentemente, a produção de provas seguras e convictas, com maior força probatória na ação penal, visto que dotadas de confiabilidade, pois verificadas por Profissionais habilitados e imparciais, sem interesse algum na ação penal.

Além disso, a observância da cadeia de custódia nos processos criminais, por sua vez, conduz a julgamentos mais eficazes e a redução de condenações injustas, fato que reflete tanto no Estado, quanto na Sociedade.

Por fim, importa ressaltar que cabe unicamente ao Estado providenciar políticas públicas que sejam suficientes para colocar em prática as disposições da Lei n° 13.964/2019, referente à Cadeia de Custódia de Provas, sendo que, enquanto não houver a efetiva implementação deste Instituto, a sua não aplicabilidade será considerada como nulidade, ou seja, uma falha processual.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Gen, 2021, p. 549.

BRASIL, **Lei n° 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Planalto. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 17 de agosto de 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei n° 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Planalto. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 17 de agosto de 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo – SP: Ed. Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo – SP: Ed. Saraiva, 2022, p. 189-193.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos; ROSA, Alexandre Moraes. **Pacote Anticrime: Um ano depois**. São Paulo – SP: Ed. Saraiva, 2020.

MACHADO, Michele Moreira. Importância da Cadeia de Custódia para a prova pericial. **Revista Criminalística e Medicina Legal**, v. 1, n. 2, p. 8-12, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo – SP: Ed. Gen, 2021, p. 439-440.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Gen, 2022, p.460.

# A VULNERAÇÃO DA COISA JULGADA E DA SEGURANÇA JURÍDICA PELO ARTIGO 525, §15, DO CPC

*Rosalina Moitta Pinto da Costa*<sup>108</sup>

*Samanta Oliveira Araújo*<sup>109</sup>

## INTRODUÇÃO

Um dos principais objetivos do processo e da sentença é possibilitar a resolução dos litígios e, conseqüentemente, promover a pacificação das relações sociais. A execução, nesse sentido, é um meio pelo qual aquilo que foi decidido ao longo do processo passa a ter efetividade, isto é, apresenta-se como uma forma prática de satisfazer um direito.

Assim, dentre os mecanismos de defesa típicas na execução, o presente estudo voltou sua atenção para a hipótese do art. 525, §15, do CPC, que prevê entre as ações prejudiciais à execução a possibilidade de o manejo da ação rescisória após a decisão já ter transitado em julgado e estar na fase de execução.

---

108 Doutora em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Mestre em Direito Agrário (UFPA). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Inovações no Processo Civil” (UFPA/CNPQ). Belém/PA.

109 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista de Iniciação Científica, financiado pelo CNPQ. Edital 10/2020 – PROPESP/UFPA. Belém/PA.

Tendo em vista a supremacia hierárquica do texto constitucional e a necessidade de que as normas e princípios nela contidas sejam plenamente observados, qualquer inovação legislativa deve a ela uma relação de conformidade e respeito. O estudo então se volta à discussão da constitucionalidade do art. 525, §15 do CPC, que trata do manejo da ação rescisória cujo prazo só começa a contar da decisão de inconstitucionalidade do STF. Para tanto, busca-se analisar de que forma a possibilidade de revisão judicial *ad eternum* tem influenciado na estabilização do trânsito em julgado e quais as consequências práticas da declaração de inconstitucionalidade superveniente ao proferimento da sentença.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O trabalho teve como fundamentos centrais os institutos da coisa julgada e da segurança jurídica, senda desenvolvida a partir deles toda a discussão acerca da (in)constitucionalidade do art. 525, §15 do Código de Processo Civil. Isso porque ambos os institutos são essenciais para a estabilidade das relações sociais e jurídicas. E é nesse contexto de possibilidade de ameaça a esses princípios basilares que o artigo se desenvolve.

Ante o exposto e diante da utilização de conceitos essenciais para a ciência jurídica como substrato para toda a argumentação desenvolvida é que foi possível identificar, de fato, a incompatibilidade com a Constituição, que esteve fundamenta em três principais problemáticas: (i) a contagem de prazo para o ajuizamento da ação rescisória se iniciar em um evento futuro e imprevisível, a saber, a decisão do STF, impedindo a estabilização das demandas jurídicas; (ii) a violação manifesta aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da coisa julgada e (iii) o esvaziamento da autoridade do controle difuso de constitucionalidade e descharacterização da coexistência legítima dos dois mecanismos de controle, difuso e concentrado, arquitetada pelo nosso ordenamento jurídico.

## METODOLOGIA

A pesquisa foi, predominantemente bibliográfica, a partir da qual foi realizado o levantamento sobre os principais doutrinadores e pesquisa-

dores que abordam o tema no Brasil, isto é, foi formada por publicações jurídicas (livros e códigos) e periódicas (revistas e jornais). O trajeto percorrido então foi o seguinte: (i) realização do levantamento de material bibliográfico e jurisprudencial; (ii) catalogação por tópicos com o estudo e fichamento do material; (iii) e, finalmente, a produção escrita.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

Uma discussão inicialmente levantada diz respeito ao caráter constitucional ou infraconstitucional da coisa julgada, necessária para a formulação dos principais argumentos relacionados à ponderação de normas e princípios. De um lado, posicionam-se aqueles que entendem que a Constituição, ao dispor sobre a coisa julgada, quer tão somente tratar a irretroatividade da lei nova, tema relativo ao direito intertemporal (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.190). Do outro, estão aqueles que entendem que a própria posição escolhida pelo legislador constituinte para inserir a coisa julgada na Carta Magna — Capítulo I, do Título I (dos direitos e garantias fundamentais) — não foi por mero acaso (MOREIRA, 2008, p. 235).

Adeptos à segunda corrente, uma primeira conclusão é que a coisa julgada, uma vez disciplinada pela Constituição, não pode ser ponderada em relação a outros direitos sem que isso ocorra dentro dos parâmetros da segurança jurídica; do contrário, veríamos emergir uma série de incertezas sobre o direito posto e fragilidades para realização dos julgados.

Pois bem, importante destacar ainda que o objetivo da ação rescisória é a desconstituição da coisa julgada e, em alguns casos, também o rejuízo da causa, permitindo o desfazimento de decisões judiciais e um controle sobre a coisa julgada no caso concreto (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 502-504). Esse controle, no entanto, encontra-se limitado por uma questão temporal, uma vez que, por ser decorrente do exercício de um direito potestativo, possui um prazo decadencial de dois anos, o que significa dizer que, após esgotado, caduca o direito à rescisão, formando-se assim uma espécie de coisa soberanamente julgada (DIDIER JR.; CUNHA, 2019, p. 513-514).

Daí, extrai-se que, para que seja admitida, é indispensável: (i) uma decisão judicial transitada em julgado, isto é, rescindível, (ii) que após o término do prazo da ação rescisória ocorre a estabilização da decisão, por força da coisa julgada que a acoberta e (iii) que a situação esteja inserida em uma das hipóteses (taxativas) de rescindibilidade previstas no CPC, a saber, aquelas dispostas no art. 966, no §15 do art. 525, no §8 do art. 535 e no art. 658.

Além disso, embora seja ponto pacífico que a ação rescisória é cabível para questionar decisões transitadas em julgado que colidam com a norma constitucional, não se pode dizer o mesmo, contudo, acerca do *status* daquelas decisões cuja norma-base foi declarada inconstitucional após o término do prazo para a rescisória, contada do trânsito em julgado da decisão rescindenda (hipótese disposta no §15 do art. 525).

Em relação a esse segundo ponto, o principal argumento desenvolvido foi o de que até o momento da formação da coisa julgada, não havia qualquer pronunciamento do STF quanto à inconstitucionalidade da norma que a fundamentou. Assim, a coisa julgada fora formada em um ambiente hígido e, teoricamente, um ato decisório perfeito, pois o magistrado, à época da aplicação da norma, apenas poderia presumi-la como constitucional, não podendo prever que tempos depois a situação jurídica seria distinta.

Desse modo, em se tratando de “decisão jurídica perfeita”, a qual sobrevém a declaração do STF em sentido contrário, se formada a coisa soberanamente julgada, sequer poderia se falar em hipótese de ação rescisória.

Em suma, a lei inconstitucional produz efeitos, pois integrou o direito positivado, adentrando no mundo jurídico. E, por tê-lo integrado, é possível manter os efeitos por ela produzidos mesmo que durante uma efêmera passagem pelo ordenamento jurídico. Não se pode admitir, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade atinja todas as situações jurídicas formadas anteriormente, simplesmente com a justificativa de que a norma que a fundamentou foi declarada inconstitucional pelo Supremo, sobretudo quando a identificação dessa inconstitucionalidade ocorre tempos depois do trânsito em julgado da decisão e, inclusive, após o término do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória.



## CONCLUSÕES

Com o advento do novo CPC, em 2015, ficou positivada a possibilidade de desconstituição da coisa julgada por meio de ação rescisória, cujo prazo decadencial começa a ser contado a partir da decisão do Supremo em sede de controle de constitucionalidade. Logo, diante dessa inovação legislativa, objetivou-se compreender a nova regra trazida à luz no regime jurídico constitucional brasileiro.

Uma primeira conclusão foi a que de, se até o momento da formação da coisa julgada não havia qualquer pronunciamento do STF quanto à inconstitucionalidade da norma que a fundamenta, não se deveria falar em hipótese de ação rescisória, visto que a coisa julgada foi formada em ambiente hígido; o contrário faria ressuscitar tema já resolvido e consolidado entre os litigantes, causando insegurança jurídica.

Constatou-se, portanto, que a proposta do §15 configura-se como uma nova espécie de ação rescisória que sopesa o princípio da segurança jurídica ante uma maior relevância atribuída ao efeito retroativo de decisões cujo fundamento é uma norma declarada inconstitucional. Por isso, a norma disposta no artigo 525, §15 é manifestamente inconstitucional, em razão de esvaziar o instituto da coisa julgada ao criar uma hipótese de desconstituição *ad eternum* e, por conseguinte, afrontar a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 17-38.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 275-307, jan. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-223.

NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 287-306.

# ADMINISTRAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE O PAPEL DAS EMOÇÕES

*Maria Aparecida Barboza Prevot<sup>110</sup>*

## INTRODUÇÃO

A pesquisa sobre formas consensuais de administração de conflitos está sendo desenvolvida no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Petrópolis, área de concentração Justiça, Processo e Direitos Humanos. Neste trabalho submetido ao CONIPUB 2022 o foco é refletir sobre modos de lidar e gerenciar conflitos a partir da compreensão das emoções humanas, concepção que não costuma ser considerada, em especial quando se trata de questão judicializada, e que sob uma perspectiva interdisciplinar reflete uma abordagem necessária para gestão e resolução dos conflitos.

A complexidade e a velocidade com que as mudanças estão ocorrendo na atualidade aumentam as possibilidades de situações tensas que se não adequadamente gerenciadas podem contribuir para o surgimento

---

110 Mestranda em Direito, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Petrópolis, área de concentração Justiça, Processo e Direitos Humanos. Advogada e Mediadora Extrajudicial.

de conflitos. Ao mesmo tempo ampliam a importância de que sejam fortalecidas habilidades de adaptação e interação nos mais diversos ambientes e relacionamentos.

Assim ganha destaque a importância de realizar estudos que ajudem a compreender como emoções que surgem em situações conflituosas impactam os relacionamentos, o que pode ser considerado o primeiro passo na direção da administração ou resolução de um conflito.

Este estudo objetiva contribuir para o tema identificando na literatura científica efeitos das emoções sobre o comportamento humano, do surgimento à resolução dos conflitos e refletir sobre competências socioemocionais, habilidades e ferramentas que podem ser incentivadas, aprimoradas e utilizadas em contextos organizacionais.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Anna e Marc Burbridge (2012), reconhecendo como natural a existência de conflitos e, em muitos casos até mesmo necessários, uma vez que podem funcionar como fator impulsionador de transformações positivas, apontam a importância dos gestores atentarem para a sua gestão efetiva.

De Lima *et al.* (2022) e Romanos *et al.* (2022) pesquisaram a relação existente entre gestão emocional e administração de conflitos nas organizações. Os primeiros autores revisaram artigos publicados entre os anos 2014 e 2020 e destacaram o impacto demonstrado das emoções e gestão emocional sobre as relações e negócios nas organizações. E, no segundo artigo, seus autores expuseram a preocupação das lideranças organizacionais em compreender como poderiam manter a sinergia de suas equipes em cenários conflituosos.

E para melhor compreender como as emoções podem afetar relacionamentos, gerar e agravar situações conflituosas, tomou-se como referencial a teoria sobre a linguagem das emoções de Paul Ekman, associada a reflexões de estudiosos da teoria dos conflitos, como Morton Deustch, Marc Burbridge e Anna Burbridge.

## METODOLOGIA

O estudo decorre de pesquisa bibliográfica, com análise qualitativa de conteúdo, a partir de livros e artigos cujo conteúdo abordem as temáticas da emoção, sua influência no comportamento humano, origens do conflito, formas de administração e resolução, facilitação de diálogo, diálogo produtivo, negociação, formação de consenso, entre outras.

## RESULTADOS PROVISÓRIOS E DISCUSSÃO

Ekman destaca a importância de conhecer e estar atento aos gatilhos inicializadores de emoções (nossas e daqueles com quem nos relacionamos), o que o autor denomina de “banco de alerta emocional”, para que possamos atuar de forma a minimizar os seus efeitos, criar estratégias para gerar emoções positivas e administrar as negativas (2011, p. 75).

Deustch (2004) e Burbridge (2012) também chamam a atenção para a dinâmica do banco emocional de gatilhos e para o ciclo retaliatório que dele pode decorrer. Ambos identificam que auxiliar pessoas em conflito a incorporarem novas informações e acessarem conhecimentos encapsulados – o que dialoga com o conceito de estado refratário em Ekman (2011) – pode contribuir para alterar percepções equivocadas sobre os fatos ocorridos, as ações dos envolvidos e a contribuição de cada um para a situação conflituosa, com efeitos sobre a comunicação e comportamentos.

Anna e Marc Burbridge (2012) identificam ferramentas e habilidades que podem auxiliar o gestor na compreensão e administração de conflitos, dentre as quais destacamos a visão sistêmica do conflito, a escuta atenta e a comunicação construtiva.

## CONCLUSÕES

Ao contextualizar os efeitos das emoções sobre o comportamento humano e sobre o desenvolvimento de situações conflituosas e dinâmicas de negociação, os resultados parciais do estudo refletem que as emoções podem mudar nossa forma de ver o mundo e interpretar ações

de outros, distorcendo a capacidade de lidar com novas informações e com os conhecimentos já armazenados em nosso cérebro, que se tornam temporariamente inacessíveis.

Um gestor neutro, imparcial e tecnicamente habilitado para facilitar diálogos, pode auxiliar seus colaboradores a saírem de uma posição de confronto e adotarem um comportamento cooperativo e um diálogo produtivo, com comunicação clara e eficaz que viabilize a formação de consensos.

Dentre seus elementos primários de trabalho, em especial para a temática aqui estudada, ressalta-se a importância da realização de um diagnóstico com uma visão sistêmica do conflito (ferramenta procedimental), do exercício de uma escuta (pro)ativa e empática (ferramenta de comunicação) e do estabelecimento de uma boa relação de confiança (*rappport*, com compreensão dos seus componentes essenciais).

Quanto ao diagnóstico, é importante que o gestor esteja atento às características que geraram e afetaram o andamento do conflito, buscando identificá-lo como parte de um contexto que englobe: a) características das partes; b) relacionamentos prévios (expectativas e percepções sobre o outro); c) natureza da questão (âmbito, importância) ; d) ambiente social (tradição ou não de resolução cooperativa de conflitos); e) expectadores do conflito; f) estratégia e tática das partes; g) consequências do conflito para cada participante. Deve manter sua atenção – e de igual forma ajudar as partes a fazê-lo – nas questões que possam afigurar potencial para mudanças construtivas, presentes mesmos nas situações mais emocionalmente carregadas.

A escuta ativa e empática é aquela que considera o ponto de vista do outro como legítima e o inclui como possibilidade. Para desenvolvê-la o gestor, em um exercício permanente de autoconhecimento, deve aprimorar a habilidade de se afastar de uma escuta superficial (ato de ouvir o conteúdo literal, mas não emocional de uma conversa), cultivando uma mentalidade de escuta baseada na empatia, humildade no não saber (liberto do julgamento e da suposição de que já tem a resposta) e curiosidade (interesse e abertura à ideias e opiniões dos outros). Para isso, é preciso que desenvolva também a habilidade de estar presente, em

estado de atenção plena, exercitando e aprimorando constantemente sua autoconsciência, confiança e paciência.

Outra habilidade de fundamental importância para o gestor na sua atuação como mediador, facilitador da comunicação e administrador de conflitos reside no estabelecimento de um bom *rapport* com as pessoas envolvidas, o que implica esforços para criar uma inteiração mais harmoniosa entre as partes e se refere ao grau de liberdade experimentado na comunicação, o nível de conforto entre as partes, o grau de precisão naquilo que é comunicado e a qualidade do contato humano.

Também é possível compreender a necessidade de que o gestor tenha clareza sobre o propósito de cada uma das intervenções que pretenda realizar, mantendo o seu foco em coordenar um diálogo produtivo, no qual sejam identificadas e bem comunicadas as questões objetivas, os principais interesses e necessidades dos envolvidos (questões subjetivas), ajudando-os a avançarem em direção à geração de opções criativas, consensuais, de benefícios mútuos, viáveis e realistas para a solução do dissenso.

## REFERÊNCIAS

- BURBRIDGE, R Marc e Anna. **Gestão de conflitos. Desafio do mundo corporativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE LIMA, Letícia Fiuza Garcia *et al.* Inteligência emocional nas organizações: uma revisão de literatura. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 8, p. 502-513, 2022.
- DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito. In AZEVEDO, André Gomma (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, Vol. III. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. E82 a 326 p. ISBN 85-89929-02-7. Disponível em: <https://arcos.org.br/content/files/2022/07/Estudos-em-Arbitragem--Media--o-e-Negocia--o3.pdf>. Acesso em: abril 2022.
- EKMAN, Paul. **A linguagem das emoções**: Revolucionare sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo todas as expressões

de pessoas ao redor. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel, 2011.

ROMANOS, Bruno Vinicius Mianni *et al.* IE como ferramenta na prevenção e resolução de conflitos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 5, p. 577-588, 2022.