

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1194

(Ano XVI)

(23/03/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1194



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

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1194 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 418 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**Os crimes de 8.1.2023, em tese, não autorizam a condenação pelos art. 359-L e 359-M do Código Penal. Equívocos na aplicação da pena**

*Sídio Rosa de Mesquita Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**O conceito de soberania no aspecto internacional**

*Beatriz Matias Lopes, 31.*

**O julgamento do RE 955.227 e o avanço no reconhecimento da “abstrativização” do controle difuso e incidental de constitucionalidade no STF**

*Giovanna Licursi Rodrigues, 40.*

**O papel do Direito Internacional na proteção dos refugiados e os desafios enfrentados pelo Brasil no contexto de acolhimento dos migrantes venezuelanos**

*Sarah Stephany Ribeiro Távora, 50.*

**A fiança penal e o desvirtuamento prático de seu viés substitutivo: propostas de conformação ao sistema acusatório**

*Mateus Wesley Teixeira de Lima e Sousa, 81.*

**A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: um novo paradigma diante do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR**

*Eduardo Santos Sales, 97.*

**Ativismo judicial e judicialização da saúde: análise do tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça – STJ**

*Caio Valença de Sousa, 130.*

**Intertextualidade, sistema penal e mídia: análise crítica de discurso aplicada no direito**

*Rafael Assunção Godinho, 150.*

**Tomada de decisão apoiada: Uma análise sobre sua aplicação em relação aos negócios jurídicos realizados por pessoas com deficiência**

*Lais Mary Dal Molin Folador, 176.*

**O direito subjetivo da vítima ante a transição da titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual**

*Elvislane Teixeira Santana, 212.*

**A Regra do Prejuízo na Configuração da Nulidade no Processo Penal e sua (In)Compatibilidade com o Sistema Acusatório**

*Thiago Henrique Reis de Araújo Costa, 231.*

**Menino ou menina? A escolha do sexo nos procedimentos de reprodução humana assistida**

*Daniela Gislaíne Abrahão, 259.*

**A (im)possibilidade da análise da prescrição do título ou documento de dívida pelo tabelião de protesto**

*Geovanny Matsumoto de Almeida Santos, 288.*

**A decisão saneadora à luz da atividade probatória, da vedação à decisão surpresa e como instrumento de concretização do direito à vinculação aos precedentes**

*Adriana da Silva Pena Soares, 362.*

**A degradação ambiental e seus valores econômicos**

*Patricia Gonzaga De Siqueira, 400.*

**Relatório da ONU Mulheres e DESA no tocante a igualdade gênero em âmbito mundial.**

*Desirée Evangelista da Silva, 415.*

## **OS CRIMES DE 8.1.2023, EM TESE, NÃO AUTORIZAM A CONDENAÇÃO PELOS ART. 359-L E 359-M DO CÓDIGO PENAL. EQUÍVOCOS NA APLICAÇÃO DA PENA**

### **SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:**

Procurador Federal; concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e se graduou em Direito (UniCEUB); especializou-se em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); mestre (UFPE) e doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

Há meses que venho pensando em escrever um texto sobre a posição do STF acerca dos fatos, especialmente das penas a serem aplicadas aos réus da balbúrdia delituosa de 8.1.2023, onde milhares de pessoas aderiram à pretensão de um pequeno grupo de golpe de Estado e restabelecer ditadura militar no Brasil.

Nos dias 13 e 14.9.2023 acompanhei atentamente a sessão do Tribunal Pleno do STF, datas em que transcorreu o julgamento da Ação Criminal n. 1.060. Como tal decisão não transitou em julgado, sequer tendo sido publicado o acórdão condenatório, optei pela Ação Criminal n. 1.183, a qual resultou na seguinte decisão, já transitada em julgado:

**EMENTA:** PENAL E PROCESSO PENAL. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO PERMITE A PROPAGAÇÃO DE IDEIAS CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL E AO ESTADO DEMOCRÁTICO (CF, ARTIGOS 5º, XLIV, E 34, III E IV), TAMPOUCO A REALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS VISANDO À RUPTURA DO ESTADO DE DIREITO, POR MEIO DE GOLPE DE ESTADO COM INDUZIMENTO E INSTIGAÇÃO À INTERVENÇÃO MILITAR, COM A EXTINÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS, DENTRE ELAS A QUE PREVÊ A SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ARTIGO 60, § 4º), COM A CONSEQUENTE INSTALAÇÃO DO ARBITRÁRIO. ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8/1. CONFIGURAÇÃO DE CRIMES MULTITUDINÁRIOS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (CP, ART. 288 P.U.) PARA A PRÁTICA DOS DELITOS DE ABOLIÇÃO VIOLENTA

---

<sup>1</sup>autor dos livros *Prescrição Penal* (4 edições), *Execução Criminal: Teoria e Prática* (7 edições) e *Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006* (1 edição), todos publicados pela Editora Atlas; e de vários artigos jurídicos. E-mail: sidiojunior@gmail.com

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (CP, ART. 359-L), GOLPE DE ESTADO (CP, ART. 359-M), DANO QUALIFICADO (CP, ART. 163, P. U., I, II, III e IV), DETERIORAÇÃO DO PATRIMÔNIO TOMBADO (ART. 62, I, DA LEI 9.605/1998), DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. AÇÃO PENAL PROCEDENTE.

1. Competência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para processamento e julgamento da presente ação penal, em face de evidente conexão entre as condutas denunciadas e aquelas investigadas no âmbito mais abrangente dos procedimentos envolvendo investigados com prerrogativa de foro. Preliminar rejeitada.

2. Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial. Presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e a necessária justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir dos seus três componentes: tipicidade, punibilidade e viabilidade, de maneira a garantir a presença de um suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação, sendo traduzida na existência, no inquérito, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria. Pleno exercício do direito de defesa garantido. Precedentes.

3. ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS de 8.1.2023 e o contexto dos crimes multitudinários. Autoria e materialidade do crime de abolição violenta do Estado Democrático de Direito (CP, Art. 359-L) comprovadas. Invasão dos edifícios-sede dos Três Poderes, por grupo do qual o réu fazia parte, que procedeu com violência e grave ameaça contra as forças policiais de maneira orquestrada tentando abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

4. ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS de 8.1.2023 e o contexto dos crimes multitudinários. Autoria e materialidade do crime de golpe de Estado (CP, Art. 359-M) comprovadas. Conduta do réu, mediante associação criminosa armada (CP, art. 288, p.u.), que, pleiteando, induzindo e instigando a decretação de intervenção militar, por meio de violência, tentou depor o governo legitimamente constituído e democraticamente eleito em 30.10.2022, diplomado pelo TRIBUNAL

SUPERIOR ELEITORAL em 12.12.2022 e empossado perante o CONGRESSO NACIONAL em 1º de janeiro de 2023.

5. Lastro de destruição. Laudo pericial e de extração de dados do aparelho celular, depoimentos das testemunhas, confissão extrajudicial e vídeos gerados pelo próprio réu.

6. Crime de dano qualificado pela violência e grave ameaça, com emprego de substância inflamável, contra o patrimônio da União e com considerável prejuízo para a vítima (art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV do Código Penal), e de deterioração do patrimônio tombado (art. 62, I, Lei 9.605/1998). Estrutura dos prédios públicos e patrimônio cultural depredados. Materialidade e autoria delitiva comprovadas pelo depoimento das testemunhas, relatório de danos ao patrimônio do Senado Federal, Relatório Preliminar de Vistoria do IPHAN. Prejuízo material estimado supera a cifra de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).

7. Crime de associação criminosa armada (art. 288 do Código Penal). Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Propósito criminoso amplamente difundido e conhecido anteriormente. Manifestantes induziam e instigavam as Forças Armadas à tomada do poder. Acampamento na frente do Quartel General do Exército em Brasília com complexa estrutura organizacional. Estabilidade e permanência comprovados.

8. **CONDENAÇÃO** do réu MATHEUS LIMA DE CARVALHO LÁZARO pela prática do crime previsto no art. 359-L, do Código Penal (abolição violenta do Estado Democrático de Direito), à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão; pela prática do crime previsto no art. 359-M, do Código Penal (golpe de estado), à pena 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão; pela prática do crime previsto no art. 163, parágrafo único, incisos I, II, III e IV do Código Penal (dano qualificado), à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa; pela prática do crime previsto no art. 62, I, da Lei 9.605/1998 (deterioração do patrimônio tombado), à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa; e pela prática do crime previsto no art. 288, Parágrafo Único, do Código Penal (associação criminosa armada), à pena de 2 (dois) anos de reclusão.



9. Pena total fixada em relação ao réu MATHEUS LIMA DE CARVALHO LÁZARO em 17 (dezessete) anos, sendo 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, e 100 (cem) dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo, em regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

10. Condenação ao pagamento de indenização mínima (Art. 387, IV, do Código de Processo Penal) a título de ressarcimento dos danos materiais e danos morais coletivos. A condenação criminal pode fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, incluindo nesse montante o valor do dano moral coletivo. Precedentes. Valor mínimo indenizatório a título de danos morais coletivos de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), a ser adimplido de forma solidária, em favor do fundo a que alude o art. 13 da Lei 7.347/1985.

## 11. AÇÃO PENAL TOTALMENTE PROCEDENTE.2

O primeiro momento do julgamento foi a apresentação do relatório. Seguiu a sustentação oral da acusação e, depois, diversos Advogados, a maioria em cristalina pirotecnia, apenas pretendendo chamar a atenção, fizeram as "defesas"<sup>3</sup> dos acusados.

Os fatos parecem incontroversos, ao que podemos verificar das sessões de julgamento que foram públicas e das diversas exposições de vídeos na imprensa. Por oportuno, devo abrir um parêntese para falar que fui aproveitar a estrutura de outro texto de coincidiu com um em que falei sobre "O Democídio que se concretiza no Brasil", no qual evidenciei que os autores do livro que ensejou aquele texto se autoproclamam de direita e vieram em um momento de luta contra a esquerda.<sup>4</sup> Mas, golpe de Estado

---

2 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnribpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131](https://chrome-extension://efaidnbmnribpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131)>. Acesso em: 18.2.2024, às 10h.

3 Vi situações que em que a suspensão do julgamento por entender os acusados indefesos não seria providência exagerada.

4 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. O democídio que se concretiza no Brasil. Brasília: Conteúdo jurídico, 8.4.2020, Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/3059/o-democidio-que-se-concretiza-no-brasil>>. Acesso em: 18.2.2024, às 11h05. Esse texto foi atualizado, estando disponível em: <<https://sidiojunior.blogspot.com/2020/03/o-democidio-que-se-concretiza-no-brasil.html>>. Acesso em: 18.2.2024, às 11h10.

tendente a uma ditadura militar não é ato de um *Estado liberal, menos interventor*. Este é o compatível com a direita.

Estamos convivendo com novas fases da investigação criminal, sendo que a operação policial havida em 8.2.2024 trouxe uma série de elementos novos que evidenciam uma efetiva tentativa de golpe de Estado, amparada por militares e alto escalão do Governo 2018-2022. Por isso, não ficarei aqui me reportando aos fatos. O que preocupa é: (1º) a possibilidade de concurso dos crimes do art. 359-L e 359-M do Código Penal; e (b) aplicação da pena.

## 2. A sessão de julgamento

A Ministra Presidente do STF Rosa Weber resolveu pautar o julgamento das ações criminais dos atos golpistas para 13.9.2023 porque se aproximava a data da sua aposentadoria compulsória por idade. O fez em solidariedade aos Membros do STF para demonstrar ser, também, uma intransigente defensora da democracia.

Inicialmente, foram pautados os Processos n. 1.060, 1.183 e 1502. Foi pedida a inversão do julgamento dos 2 últimos, tendo sido a Ação Criminal n. 1.183, a última a ser julgada naquele momento.

Pretendo ser sucinto. Ocorre que tenho por referência um acórdão cujo inteiro teor conta com 284 páginas eletrônicas, isso dificulta a exposição simplista da sessão de julgamento, a fim de não deturparmos o que efetivamente se decidiu.

O relator discorreu sobre as preliminares de incompetência do STF e inépcia da denúncia, as quais já foram afastadas anteriormente pelo STF, isso quando do recebimento da denúncia.

Foram destacados os diversos ataques cibernéticos e os diversos atos antidemocráticos de 12.12.2023, data da diplomação perante o TSE dos eleitos, em uma sequência de tentativa de golpismo nas rodovias e acampamentos em frente aos quartéis do Exército Brasileiro. E, dentre as provas, áudio do condenado, reiteradamente dizendo "***pro Exército entrar***".<sup>56</sup>

---

5 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do relator. p. 68/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 18.2.2024, às 12h04.

6 Sinceramente, é incompreensível a pretensão daqueles que desejam nos convencer de é democrática a intervenção e a ditadura militar para resgatar à Presidência da República aquele que foi vencido no sufrágio universal. O Condenado afirmou: "***O Exército tem que entrar pra ter intervenção militar, pra eles tomar o poder***". (Ibidem. p. 70/284. Acesso em 18.2.2024, às 12h12)

No dispositivo, o relator expôs:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO PENAL e CONDENO O RÉU MATHEUS LIMA DE CARVALHO LÁZARO nas penas dos artigos:

9.1) 359-L (Abolição violenta do Estado Democrático de Direito) do Código Penal;

9.2) 359-M (Golpe de Estado) do Código Penal;

9.3) 163, parágrafo único, I, II, III e IV (dano qualificado), todos do Código Penal;

9.4) 62, I, (Deterioração do patrimônio tombado), da Lei 9.605/1998;

9.5) 288, parágrafo único, (Associação Criminosa Armada) do Código Penal.<sup>7</sup>

Acerca da dosimetria da pena, existem muitos erros a serem evidenciados, daí transcrever parte do dispositivo do voto:

Assim, **para a fixação da PENA BASE**, revela-se **acentuada a CULPABILIDADE DO RÉU**, pois nesta fase como juízo de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, percebe-se que houve enorme extrapolação daquela que é própria da prática da infração penal. Como já consignado, o réu se associou a grupo criminoso cujos propósitos denotam a recalcitrância à observância de regras mínimas de estabelecimento e manutenção da própria ordem político-social do país, na busca por uma ruptura institucional comum golpe de Estado, Intervenção militar e fim do Estado Democrático de Direito (CONDUTA SOCIAL).

É extremamente grave a conduta de participar da operacionalização de concerto criminoso voltado a aniquilar os pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, mediante violência e danos gravíssimos ao patrimônio público, como já registrado e reiterado ao longo deste voto (MOTIVOS PARA A PRÁTICA DELITUOSA).

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 117/284. Acesso em 18.2.2024, às 12h22.

(...)

Os atos criminosos, golpistas e atentatórios das instituições republicanas em 8.1.2023 desbordaram para depredação e vandalismo que ocasionaram prejuízos de ordem financeira que alcança cifras nas dezenas de milhões, para além das perdas de viés social, político, histórico—alguns inclusive irreparáveis—, a sociedade brasileira (CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME).

(...)

Estabelecidas as premissas de aplicação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo à análise das demais etapas da fixação de pena para cada infração penal.

#### **10.1) art. 359-L (Abolição violenta do Estado Democrático de Direito) do Código Penal**

A pena prevista para o artigo 359-L do Código Penal é:

*Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais:*

*Pena- reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.*

Com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, anteriormente analisadas, AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO RÉU, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6(seis) meses de reclusão.

**Pena definitiva.** Ante a inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva em 5(cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

#### **10.2) Art. 359-M (Golpe de Estado) do Código Penal:**

A pena prevista para o artigo 359-M do Código Penal é:

*Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído:*

*Pena- reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.*

Com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, anteriormente analisadas, **AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO RÉU**, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

**Pena definitiva. Ante a inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.**

### **10.3) art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV, (dano QUALIFICADO), todos do Código Penal**

Apenas prevista para o artigo 163, parágrafo único, incisos I, II, III e IV do Código Penal é:

*Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:*

*Pena - detenção, de uma seis meses, ou multa.*

#### **Dano qualificado**

*Parágrafo único – Se o crime é cometido:*

*I – com violência à pessoa ou grave ameaça;*

*II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;*

*III – contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos;*

*IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:*

*Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.*

Com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, anteriormente analisadas, **AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO RÉU**, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/3 do salário mínimo.

**Pena definitiva. Ante a inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva** em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/3 do salário mínimo.

**10.4) Art. 62, I (deterioração do Patrimônio tombado), da Lei 9.605/1998.**

Com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, anteriormente analisadas, **AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO RÉU**, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/3 do salário mínimo.

**Pena definitiva. Ante a inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva em** 1(um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/3 do salário-mínimo.

**10.5) art. 288, parágrafo único (Associação Criminosa Armada) do Código Penal.**

A pena prevista para o artigo 288, parágrafo único, do Código Penal é:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

**12. TOTAL DAS PENAS E REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO.**

(...)

Fixo o regime fechado para o Início do cumprimento da pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, nos termos do art. 33, §§ 2º, 'a' e 3º, do Código Penal.

(...)

No caso da pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, fixo o regime inicial de cumprimento da pena em regime aberto, nos termos do artigo 33, §§ 2º, "c" do Código Penal.

(...)8

O Ministro Nunes Marques, revisor, fez breve relatório.<sup>9</sup> Outrossim, acolheu a preliminar de incompetência do STF, entendendo que não havia preclusão quanto à matéria e invocando o constitucional princípio do Juiz Natural (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LIII). Segue invocando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º). Destaque-se que não vislumbrou continência ou conexão com fatos de autoridades com prerrogativa de foro a justificar a reunião dos processos no STF. Por fim, invoca precedentes do STF.<sup>10</sup>

Considerou preclusa a discussão sobre a ausência de individualização da conduta do acusado na denúncia.<sup>11</sup> Prosseguiu tratando dos crimes de dano qualificado e de deterioração do patrimônio público tombado, considerando totalmente procedente o pedido condenatório.<sup>12</sup>

Com relação aos crimes dos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, iniciou dizendo que não verificou prova da prática do primeiro. Aduziu que o 359-L representa a junção dos arts. 17 e 18 da revogada Lei n. 7.170, de 14.12.1983 (Lei de Segurança

---

8 Ibidem. p. 119 a 124/284. Acesso em 18.2.2024, às 12h22.

9 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Relatório do Revisor, Ministro Nunes Marques, p. 131-132/284. Disponível em: <*chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131*>. Acesso em: 19.2.2024, às 20h15.

10 Ibidem. Voto do Revisor, p. 133 a 144/284. Acesso em: 18.2.2024, às 20h35.

11 Ibidem. p. 144/284. Acesso em: 18.2.2024, às 20h38.

12 Ibidem. p. 145 a 152/284. Acesso em: 18.2.2024, às 20h38.

Nacional).<sup>1314</sup> Daí concluir que a nova redação é um fechamento de dois tipos revogados que eram muito mais abertos.

O revisor afirmou que o art. 359-L do Código Penal, para uma corrente doutrinária, é crime de mão própria, a ser praticado exclusivamente pelas forças armadas. Ocorre que tal posição doutrinária não tem qualquer base teórica que possa a sustentar. Um fato notório e recente, foi o levante do Grupo Wagner, formado por mercenários, contra o governo russo. Também, não podemos esquecer as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), é grupo de guerrilha, não propriamente forças armadas, mas reconhecida internacionalmente como força beligerante.

No voto, os invasores foram classificados como plurais, muito diferentes, ecléticos etc. com propósitos distintos e sem lideranças definidas. Ocorre que ele se olvida de que as provas carreadas aos autos demonstram que o condenado dizia à esposa que tinha que quebrar, criar o caos, até ocorrer a intervenção militar. E avança:

De igual forma, os autos não reuniram elementos de prova suficientes, seja para o recebimento da denúncia, consoante entendimento por mim sustentado nos votos que já proferi, seja para subsidiar um decreto condenatório em relação aos crimes previstos nos arts. 288, parágrafo único, e 359-M do Código Penal.<sup>15</sup>

---

13 Dispunha a Lei n. 7.170/1983:

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

14 Embora o relator tenha feito a transcrição da nova redação, hoje no Código Penal (exposta anteriormente), volta az transcrever para ficar mais fácil a comparação:

Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

15 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Relatório do Revisor, Ministro Nunes Marques, p. 162/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 19.2.2024, às 20h53.



Entendeu que não restou demonstrada de que o réu “tivesse associado, de forma organizada e estável, com o fim específico de praticar uma série de crimes indeterminados”.<sup>16</sup> *Data venia*, o art. 288 do CP não mais exige a “quadrilha”, ou seja, que seja organizada, nem que os crimes sejam indeterminados, bastando que a associação seja para a prática de crimes. Ora, restou demonstrado que muitos saíram de outros acampamentos diante de quartéis para o acampamento do Quartel General do Exército de Brasília. Os danos, as agressões às forças de segurança etc. eram crimes que visavam outro maior, o golpe de Estado. Daí o crime preparatório do art. 288 do CP.

Quanto ao crime do art. 359-M do CP, entendeu que a violência e grave ameaça concretizadas não tiveram aptidão real para atingir o objetivo ilícito. Por isso, afirmou:

Assim é que, além de inexistentes, na espécie, as elementares dos crimes previstos nos arts. 359-L e 359-M do Código Penal, os expedientes empregados no domingo 8 de janeiro de 2023 caracterizaram, em realidade, a hipótese de crime impossível, em relação a ambos os delitos, dada a ineficácia absoluta do meio empregado pelos manifestantes, para atingir o Estado democrático de direito.<sup>17</sup>

O revisor conclui:

Em suma, tendo em mente as elementares dos crimes ora analisados, concluo pela absolvição do acusado, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, em relação aos crimes dos arts. 359-L e 359-M do Código Penal, e com fundamento no art. 386, VII, do mesmo diploma processual, quanto ao crime do art. 288 do Código Penal.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Ibidem. Voto do Revisor, p. 133 a 144/284. Acesso em: 18.2.2024, às 20h35.

<sup>17</sup> Ibidem. Voto do Revisor, p. 168/284. Acesso em: 18.2.2024, às 20h30.

<sup>18</sup> Ibidem. p. 169/284. Acesso em: 18.2.2024, às 21h43. A fim de esclarecer os motivos da absolvição, transcrevo os preceitos legais mencionados:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

II – não haver prova da existência do fato;

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Na aplicação da pena, o revisor entendeu no tocante ao crime de dano qualificado (CP, art. 163, parágrafo único, incisos I, II, III e IV), desfavoráveis as circunstâncias e as consequências do crime. Na 1ª fase, fixou a pena base em 1 ano e 6 meses de detenção e 40 dias-multa, no mínimo legal, o que manteve na segunda fase. Na terceira fase, aplicou a participação de menor importância (CP, art. 29, § 1º) diminuindo a pena de 1/6, fixando-a definitivamente em 1 ano e 3 meses de detenção e 30 dias-multa no mínimo legal.<sup>19</sup>

Com as mesmas considerações da pena base pelo crime de dano, fixou a pena base do crime do art. 62, inciso I, da Lei n. 9.605/1998, em 1 ano e 6 meses de reclusão e 40 dias-multa, fixando cada dia-multa no mínimo legal. Na segunda fase, as penas foram mantidas e, na terceira, em face da participação de menor importância, a reduziu de 1/6, totalizando 1 ano e 3 meses de reclusão e 30 dias-multa.<sup>20</sup>

A pena total (2 anos e 6 meses de privação de liberdade) foi fixado no regime inicial aberto. Quanto à multa, fixou 60 dias-multa, isso no mínimo legal.

Diversamente do relator, que fixou o valor mínimo da reparação de danos (CPP, art. 387, inciso VI) em R\$ 30.000.000,00, o revisor o fixou em R\$ 100.000,00.<sup>21</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso, com a concordância do Ministro Cristiano Zanin, pediu a inversão da ordem para votar e iniciou dizendo aquilo que eu já disse neste texto: as provas são insuperáveis.

Em voto curto, ele concluiu:

De modo que, tal como fiz nos casos anteriores, estou acompanhando o Ministro Alexandre de Moraes, com exceção do crime de abolição violenta do Estado Democrático de Direito. Com exclusão dessa pena, a minha pena final ficou em 10 anos de reclusão e 1 ano e 6 meses de detenção, acompanhando o Ministro Alexandre nos dias-multa e na indenização.<sup>22</sup>

No julgamento da Ação Criminal n. 1060, o 1º julgamento dos fatos de 8.1.2023, o Ministro Roberto Barroso deixou evidente que entendia ser, em tese, incompatíveis as

<sup>19</sup> Verifica-se evidente erro material no cálculo da multa, visto que 40 dias multa, diminuídos de 1/6, resultariam em 33 dias-multa, não em 30, como consta do voto.

<sup>20</sup> Repetiu-se o erro material no cálculo da redução de 1/6 de 40 dias-multa.

<sup>21</sup> Ibidem. Voto do Revisor, p. 172/284. Acesso em: 22.2.2024, às 20h38.

<sup>22</sup> STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Roberto Barroso. p. 173/284. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>. Acesso em: 19.2.2024, às 20h05.

penas dos art. 259-L e 259-M do CP, problema a ser resolvido pelos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção.

O Ministro Cristiano Zanin adotou o relatório apresentado pelo relator e, quanto às preliminares, afastou a de incompetência do STF. Destacou que a ação criminal decorreu do Inquérito 4.99/DF, tendo outros inquéritos conexos, cujas ações criminais decorrentes estão em curso perante o STF. Também, na ADPF n. 572 foi declarada a validade da Portaria n. 69/2019, que ordenou a instauração do inquérito, o que resultou na declaração que o disposto no art. 43 do RISTF reflete instrumento de proteção e defesa da ordem jurídica e do sistema de constitucionalidade.<sup>23</sup>

O Ministro Zanin rejeitou, também, a preliminar de suspeição dos Ministros do STF e de inépcia da denúncia.<sup>24</sup> Daí, passou ao exame do mérito, iniciando pelos crimes do art. 359-L e 359-M do CP. Após longa fundamentação, entendeu imperiosa a procedência da denúncia quanto aos dois crimes.<sup>25</sup>

De igual maneira, o Ministro Zanin entendeu serem procedentes as imputações dos crimes do art. 163, parágrafo único, incisos I, II, III, e IV, do Código Penal; e do art. 62, inciso I, da Lei n. 9.605/1998. No mesmo sentido, votou pela procedência da acusação pela prática do crime de associação criminosa armada.<sup>26</sup>

Na dosimetria da pena, quanto ao crime do art. 359-L, fixou a pena-base em 5 anos de reclusão, isso porque entendeu desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do crime. Na segunda e na terceira fases, manteve a pena, em 5 anos de reclusão.

Quanto ao crime do art. 359-M, adotando os mesmos critérios do crime do art. 359-L, fixou a pena em 5 anos de reclusão. Por outro lado, quanto ao crime de dano qualificado, na 1ª fase, considerou a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências desfavoráveis, fixando a pena-base em 1 ano e 6 meses de detenção. Na segunda e na terceira fases, esse *quantum* foi mantido. Quanto à multa, fixou a multa em 30 dias-multa, isso no mínimo legal.

---

23 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Cristiano Zanin. p. 174-177/284. Disponível em: <*chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131*>. Acesso em: 22.2.2024, às 20h20.

24 Ibidem. Voto do Ministro Cristiano Zanin. p. 178-179/284. Acesso em: 22.2.2024, às 20h38.

25 Ibidem. p. 179-199/284. Acesso em: 22.2.2024, às 20h55.

26 Ibidem. p. 199-205/284. Acesso em: 22.2.2024, às 21h11.

Na fixação da pena-base do crime do art. 62, inciso I, da Lei n. 9.605/1998, vislumbrou as mesmas circunstâncias judiciais desfavoráveis do crime de dano qualificado, fixando a pena base em 1 ano e 6 meses de reclusão. Tal *quantum* foi mantido nas duas fases seguintes. Quanto à pena de multa, foram fixados 15 dias-multa no mínimo legal.

Quanto ao crime do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, as redes sociais estão repletas de argumentos contrários a isso, dizendo que as armas empunhadas eram Bíblias e que os condenados eram apenas pessoas tementes ao Senhor. Em sentido contrário, colho do voto do Ministro Zanin:

É tarefa árdua negar ter ciência das intenções compartilhadas do movimento. Como exposto nos autos, vários relatórios de inteligência endossavam o conteúdo de mensagens extensivamente difundidas nas redes sociais e acrescentavam a preparação de pessoas pertencentes à classe de Colecionadores, Atiradores Desportivos e Caçadores (CACs) na associação deliberadamente organizada (doc. eletrônico 16 da AP 1502).

A autoria, dessa maneira, é evidente, e os réus também possuíam pleno conhecimento do armamento utilizado: barras de ferro, paus, madeiras, pedras, objetos metálicos e atiradeiras representam apenas rol enumerativo dos instrumentos empregados naquele dia.<sup>27</sup>

O art. 288, parágrafo único, para a incidência da causa especial de aumento de pena, não exige que a arma seja de fogo, bastando que os membros estejam armados. Por isso, concordo com a condenação pelo referido crime.

O Ministro Zanin vislumbrou as mesmas quatro circunstâncias judiciais dos dois crimes anteriores como desfavoráveis, fixando a pena em 1 ano e 6 meses de reclusão. Na segunda fase, manteve a mesma pena. Na terceira fase, aplicou a causa de especial de aumento de pena, fixando-a em 1/3, portando, tornou a pena definitiva em 2 anos de reclusão.

A pena final, segundo o Ministro Cristiano Zanin, deveria ser de 13 anos e 6 meses de reclusão, 1 ano e 6 meses de detenção e 45 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo. E, no tocante ao valor mínimo da indenização, acompanhou o relator, fixando em R\$ 30.000.000,00, em caráter solidário.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Ibidem. p. 204/284. Acesso em: 24.2.2024, às 9h.

<sup>28</sup> Ibidem. Voto do Ministro Cristiano Zanin. p. 206-213/284. Acesso em: 24.2.2024, às 10h30.

O Ministro Edson Fachin iniciou rejeitando a preliminar de incompetência do STF. A seguir, passou a descrever as provas do crime dos artigos 359-L e 359-M do CP, expondo:

Consta dos autos que desde a proclamação dos resultados das eleições nacionais de 2022, em diversas cidades brasileiras, grupos de pessoas se instalaram nas proximidades de instalações militares para realizarem atos que apontavam supostas ilicitudes no processo eleitoral, ensejadoras de providências, entre elas, a intervenção militar. Os pleitos para a referida intervenção foram veiculados em peças escritas, manifestações verbais, bloqueios de vias, entre outras mobilizações.<sup>29</sup>

Com base em tais considerações e outras que demonstraram a autoria e a pretensão de causar a intervenção militar para fazer prevalecer a vontade de uma minoria derrotada nas urnas, entendeu ser o caso de condenação do acusado.

Quanto ao crime de dano qualificado entendeu que, embora não houvesse registro do acusado quebrando alguma coisa, “registrou com seu interlocutor que aquela ação era necessária para o objetivo que pretendiam”. Também, demonstrou a incidência do crime de dano contra o patrimônio tombado.<sup>30</sup>

No tocante ao crime de associação criminosa, o Ministro Fachin foi enfático ao demonstrar que a turba violenta se encontrava associada, em ação orquestrada, para praticar crimes contra as instituições democráticas, visando à abolição violenta do Estado Democrático de Direito e ao golpe de Estado.<sup>31</sup>

Quanto ao crime do art. 359-L, na primeira fase da dosimetria da pena, entendeu a culpabilidade e as consequências desfavoráveis, fixando a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão. E, adotando os mesmos parâmetros, fixou a pena do art. 359-M do CP, em 6 anos e 6 meses de reclusão.

---

29 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 216/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 25.2.2024, às 14h30.

30 Ibidem. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 217-218/284. Acesso em: 25.2.2024, às 11h00.

31 Ibidem. Acesso em: 25.2.2024, às 11h20. p. 218-220.

No que concerne ao crime de dano, fixou a pena em 1 ano e 6 meses de detenção e 50 dias-multa no mínimo legal (1/30 do salário mínimo, cada dia multa). Exatamente as mesmas penas foram fixadas para o crime de deterioração de patrimônio tombado.

Para a associação criminosa armada, a pena foi de 2 anos de reclusão. Com isso, as penas totalizaram 15 anos e 6 meses de reclusão e 1 ano e 6 meses de detenção, além de 100 dias-multa no mínimo legal. O regime inicial foi o fechado e a indenização mínima fixada em R\$ 30.000.000,00.<sup>32</sup>

O Ministro Luiz Fux fez um voto sucinto, tratando inicialmente de um aspecto comovente porque chamou a atenção para o fato de que muitas mães nunca mais viram os seus filhos, desaparecidos durante a ditadura militar. Depois, acompanhou integralmente o relator.<sup>33</sup>

O Ministro Dias Toffoli se limitou a acompanhar o relator.<sup>34</sup> Seguiu a Ministra Cármen Lúcia, a qual iniciou dizendo que se trata de situação em que “coitados foram presos”, afirmando que o golpe não se consumou e, caso tivesse se concretizado, as consequências presentes e futuras seriam inimagináveis, remontando tempos anteriores à reconquista da democracia, e perdas de significativas liberdades. Depois de diversas considerações, acompanhou o relator.<sup>35</sup>

O Ministro Gilmar Mendes iniciou tratando das dificuldades para o julgamento dos fatos, da antipatia da conduta do tribunal por impor limites aos jurisdicionados, a fim de preservar a democracia. Então, fez referência à postura do STF perante a pandemia, inicialmente tida como antipática, e que, ao final, é elogiada. Ao final, acompanhou o relator.<sup>36</sup>

---

32 Ibidem. Acesso em: 25.2.2024, às 11h20. p. 220-224.

33 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Luiz Fux. p. 225/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 26.2.2024, às 18h25.

34 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Dias Toffoli. p. 216/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 26.2.2024, às 18h30.

35 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto da Ministra Cármen Lúcia. p. 227 a 233/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 26.2.2024, às 19h16.

36 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 234 a 238/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>.

A Ministra Cármem Lúcia pediu a palavra para, elogiando e trazendo alguns questionamentos do Ministro Gilmar Mendes, afirmar que parece que o povo se encontra em uma espécie de vertigem autoritária, sem que as pessoas se questionem sobre a grandiosidade da gravidade e do alcance dos interesses que manipulam a ideologia do povo brasileiro.<sup>37</sup>

O Ministro Dias Toffoli também pediu a palavra para dizer das dificuldades que enfrentou devido à instauração do inquérito para apurar ataques contra o STF. Ele leu o final do voto do julgamento que considerou válido aquele inquérito, *in litteris*:

Quiseram banalizar as nossas instituições como desnecessárias, como inúteis.

Quiseram banalizar a política,

Banalizar a democracia,

Banalizar a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão.

Quiseram banalizar o Mal...

Plantam o medo para colher o ódio,

Plantam o ódio para colher o medo.

Não se impressionam em contar mortos... [Ministro Gilmar, por isso que lembrei].

Querem o confronto como forma de dominação,

A desinformação como nova religião

E o caos como um novo 'deus' [devidamente escrito entre aspas e com letras minúsculas, Ministro Fachin].

Ao fim e ao cabo, querem não o arbítrio,

Mas o próprio totalitarismo.

---

*extension://efaidnbmnnnibpcajpcg/clefndmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131*>. Acesso em: 26.2.2024, às 19h16.

<sup>37</sup> Ibidem. Aparte da Ministra Cármem Lúcia. p. 238/284. Acesso em: 26.2.2024, às 19h51.

Já passamos por momentos de arbítrio,

Arbítrio que nunca mais voltará

E, *ad fortiori*,

Jamais se tolerará.

Quem defende a democracia é a própria democracia!

O povo brasileiro, corpo e alma de nossa Nação.<sup>38</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, então, passou diretamente aos fundamentos do seu voto, destacando que os discursos e ódio e os preparativos para o golpe se prolongaram durante todo governo de 2019 a 2022, tendo chamado a atenção para os gravíssimos fatos que resultaram na condenação e indulto concedido ao ex-Deputado Federal Daniel Silveira.

Ficaram demonstradas pelo Ministro Gilmar Mendes que toda tentativa de golpe veio sendo amadurecida ao longo dos anos, ganhando força no final do ano de 2022 e reforçados no início de 2023, destacando vários atos destacados no Relatório de Inteligência n. 6, de 6.1.2023, todos voltados ao golpe de Estado. Corroboram estudos e vários fatos que retiraram dos brasileiros um nível mínimo de capacidade para entenderem a gravidade da proposta de intervenção militar e de golpe de Estado.<sup>39</sup>

A individualização da conduta do condenado ficou detalhadamente demonstrada. E, ao final, aderiu *in totum* à dosimetria da pena apresentada pelo relator.<sup>40</sup>

A Ministra Rosa Weber pautou os processos porque pretendia demonstrar a sua solidariedade aos demais Ministros, ao STF e ao Brasil, em face dos atos que criaram uma situação tal que tornou 8.1.2023, nas palavras dela, em o *dia da infâmia*.

A Ministra concordou com a denúncia, no sentido que a associação criminosa armada se estabeleceu, estável e permanente, pelo menos desde 30.10.2023 e que, agindo

---

38 Ibidem. Aparte do Ministro Dias Toffoli. p. 239 e 240/284. Acesso em: 26.2.2024, às 20h09.

39 STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 240 a 253/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 26.2.2024, às 20h33.

40 Ibidem. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 253 a 256/284. Acesso em: 26.2.2024, às 20h44.



em unidade de desígnios, tentaram com o emprego de violência e grave ameaça praticar os crimes de abolição violenta do Estado Democrático e Direito e de golpe de Estado.<sup>41</sup>

Ela ultrapassou a preliminar de incompetência do STF, bem como a de nulidade da denúncia por ausência de individualização da conduta do acusado.<sup>42</sup>

Depois de fundamentar a autoria e a materialidade dos crimes, a Ministra Rosa Weber concluiu:

Ante o exposto, manifesto minha adesão ao voto proferido pelo eminente Ministro Relator, para rejeitar as preliminares, julgar procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, e **CONDENAR MATHEUS LIMA DE CARVALHO LÁZARO** à pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, além de 100 (cem) dias-multa, valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo, como incurso nos crimes de associação criminosa armada (CP, art. 288, parágrafo único), abolição violenta do Estado Democrático de Direito (CP, art. 359-L), golpe de Estado (CP, art. 359-M), dano qualificado (CP, art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV) e destruição do patrimônio tombado (Lei nº 9.605/98, art. 62, I), em concurso material (CP, art. 69, caput), assim como no valor a título de danos morais coletivos.<sup>43</sup>

O Ministro André Mendonça não votou. Porém, diversamente da posição da maioria, também esposado pela então Presidente do STF, Ministra Rosa Weber, no julgamento da ação Criminal n. 1.060, ao que me recordo do julgamento, ele entendeu serem incompatíveis a condenação cumulativa pelos crimes dos arts. 359-L e 359-M do CP. Essa para mim é a melhor posição.

### **3. Princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção**

Nelson Hungria, acerca do princípio da especialidade, explica:

---

<sup>41</sup> STF. Tribunal Pleno. Ação Criminal n. 1.183. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 14.9.2023. Voto da Ministra Rosa Weber. p. 262/284. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772662131>>. Acesso em: 28.2.2024, às 20h35.

<sup>42</sup> Ibidem. Voto da Ministra Rosa Weber. p. 262 a 272/284. Acesso em: 28.2.2024, às 20h48.

<sup>43</sup> Ibidem. Acesso em: 28.2.2024, às 21h05.

Uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva e subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um *plus* ou um *minus* de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da norma geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*. Assim, os tipos qualificados ou privilegiados afastam os tipos fundamentais.<sup>44</sup>

A solução para eventual conflito aparente de normas deverá partir do princípio da especialidade, uma vez que a norma mais específica de cada caso a ele deverá ser aplicada, afastando-se quaisquer outras aparentemente aplicáveis.

Damásio E. de Jesus, sem citar, reproduz a afirmação de Nelson Hungria e esclarece que o princípio da especialidade tem o importante papel de evitar *bis in idem*.<sup>45</sup> Ao meu sentir, impor as penas cumuladas por, mediante violência ou grave ameaça, “Tentar, (..), abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais” (art. 359-L) e “Tentar depor, (...), o governo legitimamente constituído” (art. 359-M), será repetir no mesmo (*bis in idem*).

Para Nelson Hungria, uma norma se diz *subsidiária* em relação a outra (*principal*); (a) quando em seu próprio texto contém a cláusula de que sua aplicação está subordinada à não-aplicação dessa outra (subsidiariedade expressa); (b) quando o fato por ela incriminado entra como elemento componente ou agravante especial de fato incriminado pela norma, de modo que que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro (subsidiariedade tácita).<sup>46</sup>

O *princípio da subsidiariedade* enuncia que a prática de dois crimes com o mesmo objeto jurídico, sendo o primeiro caminho necessário para a prática do segundo, provocará a imposição de uma única pena, a do crime mais grave, *v.g.*, uma pessoa que, com *nequandí animus*, desferir disparo de arma de fogo em outra matando-a, terá praticado dois crimes (arts. 121 e 132 do CP). Ambos têm o mesmo objeto jurídico, ou seja, a vida. Também, não haverá como praticar homicídio sem causar risco à vida, ou seja, o crime do art. 132 do CP, que é subsidiário. Daí a regra contida expressa do art. 132, no sentido que a pena só será imposta “se o fato não constitui crime mais grave”.

Fernando Capez explica:

---

44 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 138.

45 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 107.

46 HUNGRIA, Nelson. *Comentários... Op. cit.* p. 139.

Consequência: a norma primária prevalece sobre a subsidiária, que passa a funcionar com um soldado de reserva (expressão de Nelson Hungria). Tenta-se explicar a norma primária, e somente quando isso não se ajustar ao fato concreto, recorre-se subsidiariamente à norma menos ampla.<sup>47</sup>

No caso, entendo que o *princípio da especialidade* resolve. Mas, para os mais céticos, resta o *princípio da subsidiariedade*, o qual impõe a aplicação apenas do crime mais grave, até porque a deposição de governo democraticamente constituído (CP, art. 359-M) pressupõe impedir o exercício regular de um ou mais Poderes constituídos (CP, art. 359-L).

É regra a absorção do delito mais leve pelo mais grave quando este for impossível sem a realização daquele, mormente quando ambos têm o mesmo objeto jurídico. Desse modo, podemos afirmar que, estando presentes os requisitos para o reconhecimento do *princípio da subsidiariedade* o Juiz deverá aplicar a regra da absorção.

Em relação aos crimes do art. 359-L e art. 359-M do CP, caso se entenda que o princípio da especialidade não tem o condão de resolver o conflito aparente das normas, o princípio da subsidiariedade tornará imperiosa a incidência exclusiva das penas do art. 359-M do CP.

O *princípio da consunção* se caracteriza pela tentativa de se imprimir maior humanidade à “justiça do caso concreto”. Por tal princípio, diante do fato concretizado, o julgador deverá verificar se o *crime-meio*, naquele caso, era necessário à consecução do *delito-fim*, não interessando se eles terão o mesmo objeto jurídico. Acerca desse princípio, Álvaro Mayrink da Costa ensina:

O conteúdo desvalorado de ato (conduta) previsto numa disposição legal (*lex consumptae*) pode aparecer incluído noutra de mais amplo alcance (*lex consumens*). Em tais casos aplica-se a última (*lex consumens derogat legi consumptae*).<sup>48</sup>

Conforme já avisei, não é o caso de fazer incidir o princípio da consunção, visto que o princípio da subsidiariedade já é suficiente para levar a absorção do crime-meio pelo crime-fim. Por outro lado, não tratarei aqui do *princípio da alternatividade*<sup>49</sup> porque não

47 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 93.

48 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1, p. 527.

49 O princípio da alternatividade propõe que, em tipos de ações múltiplas, ocorrendo mais de uma delas, aplicar-se-á apenas uma das penas.

é aplicável à espécie. Mas, não esqueçamos que essa perspectiva de que os três princípios mencionados (da especialidade, da subsidiariedade e da consunção) são fortes aliados para solução de conflitos aparentes de normas é recorrente na doutrina.<sup>50</sup>

### **3. O erro na avaliação das circunstâncias judiciais: pena-base**

A culpabilidade ser exagerada, como predominou, é razoável, em face das mensagens eletrônicas do acusado, no sentido de desejar o caos. Com isso, justifica-se a pena-base acima do mínimo legal. Tenho alertado pra os excessos da jurisprudência, a qual tem considerado como motivo para considerar a culpabilidade até mesmo a repercussão social dos fatos.<sup>51</sup> De todo modo, no caso, ficou evidente a grande intensidade de dolo, a justificar a elevação da pena-base por ser a culpabilidade desfavorável ao agente.

Inexistem elementos a considerar a conduta social desfavorável. O que o relator fez foi uma grande ginástica intelectual para vislumbrar conduta social do agente desfavorável. Com efeito, eventual concorrência para outro crime será cumulativamente apenada, não se justificando a sua desvalorização na pena-base.

As consequências serem desfavoráveis é plenamente justificável, visto que o golpe de estado não pressupõe danos de extrema monta como os concretizados. Outrossim, fica a marca histórica de uma sociedade que não tem vocação para a democracia, tentando romper a ordem constitucional por meio do golpe de Estado.

Embora a corrente dominante tenha errado ao inserir a conduta social como desfavorável, tenho que as penas-bases fixadas foram razoáveis, não fugindo do esperado, mesmo corrigindo e retirando aquela circunstância judicial equivocadamente considerada em desfavor do sentenciado.

### **4. Exagero da pena de multa**

Os Ministros que fixaram a pena de multa no mínimo legal agiram corretamente. Com efeito, acerca da pena de multa, o Código Penal dispõe:

#### **Multa**

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-

---

<sup>50</sup> Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 248; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*. parte geral. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1, p. 105.

<sup>51</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal*. teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 298.

multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Desde a Constituição de 1988 que não temos mais salários mínimos diferenciados no Brasil. Assim, cada dia-multa terá o valor variável de 1/30 do salário mínimo até 5 salários mínimos. No caso, o sentenciado é pobre, um trabalhador que merece a incidência da pena no mínimo legal. Nesse sentido, dispõe o Código Penal:

#### **Critérios especiais da pena de multa**

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

A existência de diferentes núcleos criminosos, com a participação e políticos e financiadores da tentativa de golpe de Estado, a esses mais ricos devem incidirem penas de multa maiores, não sendo correto impor elevada pena de multa a um notório trabalhador do nível de execução de uma empresa privada.

#### **5. Conclusão**

Tentei ser o mais conciso possível. Porém, conforme alertei, são 284 páginas para rápidas discussões como as que apresentei ao longo do texto. Nele procurei deixar clara a evidência da ocorrência de crimes, mas ser o caso de fazer incidir o princípio da subsidiariedade para afastar as penas do art. 359-L do Código Penal. Por fim, as penas de multa foram equivocadamente exageradas.

## O CONCEITO DE SOBERANIA NO ASPECTO INTERNACIONAL

**BEATRIZ MATIAS LOPES:**  
Acadêmica de direito pela  
Universidade Federal do  
Amazonas<sup>52</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de apresentar o princípio da soberania como elemento estatal e o seu contraste em frente ao ordenamento jurídico internacional, sendo abordada, uma breve apresentação da evolução histórica de seu conceito, o processo de relativização do caráter soberano do estado, e suas limitações dentro do sistema internacional em face a internacionalização dos Direitos Humanos, instigando debates sobre o tema, tanto no âmbito interno quanto externo, em seu aspecto clássico e moderno, por meio de uma pesquisa bibliográfica objetiva e rica.

**Palavras Chaves:** Soberania. Direito Internacional. Relativização. Estado. Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** The present article aims to present the principle of sovereignty as state element and their contrast in front of the international legal order, covering a brief presentation of the historical evolution of this concept, the relativizing process of sovereign state, and their limitations within the international system in view of the internationalization of human rights, instigating debates on the topic, both internally and externally, at the classic and modern aspect, through an objective and valuable bibliographic search.

**Keywords:** Sovereignty. International Law. Relativization. State. Human Rights.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O princípio da Soberania é objeto de amplas discussões acerca do seu conceito e aplicabilidade, tanto no âmbito interno do Estado, quanto no contexto do Direito Internacional, este instituto sofreu diversas transformações ao longo da história, que serão apresentadas ao longo deste artigo.

No contexto atual, considerando a complexidade das relações internacionais em um mundo globalizado muito mais conectado e com estados dependentes entre si, a ascensão e internacionalização do dever de proteção dos direitos humanos conduzem o princípio da soberania a um processo de relativização.

O aumento gradativo da participação dos Estados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como o reconhecimento, por vários deles, da jurisdição dos órgãos de

<sup>52</sup> e-mail: [beatriz.lopes@ufam.edu.br](mailto:beatriz.lopes@ufam.edu.br).

monitoramento pertinentes, tem levado alguns internacionalistas a um reestudo da questão atinente ao dogma da soberania estatal absoluta, redefinindo o seu papel para a satisfação da justiça globalizada em sede de proteção internacional dos direitos humanos. (MAZUOLLI, 2002).

Observando as constantes transformações da sociedade internacional, as páginas seguintes dissertam sobre a evolução do conceito de soberania desenvolvida ao longo da história e sobre como o princípio da soberania estabelecido pela Carta de São Francisco prevalece frente a realidade da nova ordem internacional, que enfrenta novos desafios e almeja alcançar diferentes objetivos, gerando conflitos entre a prevalência da soberania estatal e a defesa dos direitos humanos.

A globalização representa, portanto, um desafio significativo para o exercício da soberania dos Estados no contexto internacional. Esses desafios, que não são triviais, levaram alguns autores a falar em “crise da soberania”, questionando não somente a utilidade do conceito para captar e explicar as características atuais do fenômeno, como também quem seria o “sujeito” da soberania. (MIRANDA, 2004).

## 2. CONCEITO

A primeira definição de soberania foi estabelecida pelo jurista francês Jean Bodin (1530- 1596), em sua obra “Os Seis Livros da República” (1576), que definiu a soberania como o poder perpétuo e absoluto de uma República, sua teoria aborda o poder do soberano em relação ao Estado, sendo a soberania, elemento indispensável para a manter a unidade, coesão e organização da sociedade. (COLOMBO, 2008)

A teoria bodiniana apresenta a soberania estatal em duas modalidades, a normativa, em que o poder soberano designa as aspirações do poder do Estado, e o conceito descritivo, utilizado como elemento caracterizador do poder do Estado.

Ou seja, trata-se de um poder superior, incondicionado e ilimitado exercido pelo Estado e para o Estado, que está conectado ao poder de organizar-se juridicamente, valendo-se dentro do próprio território, a universalidade de suas decisões. A mencionada teoria é base teórica para a formação da ordem jurídica e política do Estado Moderno, tendo em vista que aborda a centralização do poder e o reconhecimento da supremacia absoluta do poder político. (COLOMBO, 2008).

A soberania é uma e indivisível, não se delega a soberania, a soberania é irrevogável, a soberania é perpétua, a soberania é um

poder supremo, e os principais pontos de caracterização com que Bodin fez da soberania no século XVII um elemento essencial do Estado. (BONAVIDES, 1996).

Com o decorrer da história, este conceito passou por transformações, a partir da Revolução Francesa e consequentes mudanças do sistema político, a doutrina democrática prevaleceu, desassociando-se da imagem do soberano e perdendo o caráter absoluto, ilimitado, e infinito, e passou a apresentar caráter impessoal, tornando-se titularidade da Nação.

O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação e que nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. (WOJCIECHOWSKI e ALTHAUS, 2011).

Miguel Reale contribuiu inserindo novas percepções acerca da compreensão da Soberania, como o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. que a soberania é caracterizada pelo poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões, nos limites dos fins éticos de conveniência. O autor também desdobra a definição de soberania em três aspectos, sendo eles históricos, em que “a soberania é o poder que possui uma sociedade historicamente integralizada como Nação de se constituir em Estado independente”; aspectos jurídicos, que define a soberania como o poder de uma nação juridicamente constituída, e por último o aspecto político, que aborda a soberania como um meio essencial para a realização do bem comum. (REALE, 1960).

De tudo isso, infere-se que a soberania, no que tange aos interesses nacionais, garante o poder supremo do Estado de fazer valer, dentro de seu território, suas decisões, ao passo que em relação aos interesses comuns, busca preservar a independência estatal. Mas tal fato não significa que este poder supremo desconheça limites ou que seja um poder arbitrário, embora permaneça a ideia deturpada de que a soberania representa uma só supremacia, única e exclusiva criadora do Direito. (COLOMBO, 2008).

A soberania é dividida em interna e externa. A soberania interna existe para fundamentar a atuação do governo no âmbito interno do Estado, justificar a forma de governo, o poder de certas instâncias e pessoas. A soberania externa significa a independência de cada Estado, no campo do direito internacional, ou seja, garante a liberdade de atuação perante os demais membros da comunidade internacional, o sistema internacional não se subordina a um sistema legal, está relacionado à não dependência. (COLOMBO, 2008).



Hildebrando Accioly explica como as competências estatais representam a soberania interna e externa.

A soberania interna compreende os direitos: a) de organização política, ou seja, o de escolher a forma de governo, adotar uma constituição política, estabelecer, enfim, a organização política própria e modificá-la à vontade, contanto que não sejam ofendidos os direitos de outros Estados; b) de legislação, ou seja, o de formular as próprias leis e aplicá-las a nacionais e estrangeiros, dentro, naturalmente, de certos limites; e) de jurisdição, ou seja, o de submeter à ação dos próprios tribunais as pessoas e coisas que se achem no seu território, bem como o de estabelecer a sua organização judiciária; d) de domínio — em virtude do qual o Estado possui uma espécie de domínio eminente sobre o seu próprio território. A soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: o de ajustar tratados ou convenções, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo. (ACCIOLY, 2000)

### 3. ASPECTOS HISTÓRICOS

O conteúdo e as implicações do conceito de soberania têm evoluído constantemente desde sua origem, caracterizado como princípio fundamental da ordem política nacional e internacional desde os primórdios da antiguidade a partir Aristóteles. Porém, as transformações geradas a partir das tensões e transformações geraram diferentes dificuldades que influenciaram as respostas jurídicas buscadas aos problemas políticos, condicionando a função concedida à soberania em qualquer tempo e espaço. As variações do conceito se diferem na medida em que a história se modifica nos aspectos relacionados ao sujeito da soberania (pessoa ou função) a natureza da soberania (absoluta ou limitada); e a origem da soberania (legal ou não). (BESSON, 2015).

Jean Bodin, como já abordado anteriormente, foi o primeiro a fornecer uma teoria acerca da soberania do Estado em seu livro “Six Livres de la République” de 1576, porém só teve o reconhecimento ao final do século 17. Atento à realidade do seu país em tempos de intensos conflitos religiosos, Bodin descreve uma autoridade capaz de pôr fim à guerra: a República. A teoria de Bodin se difere da concepção medieval, porque separa a soberania da pessoa do soberano; tornando a soberania uma função atribuível a qualquer pessoa ou instituição, e para Bodin a autoridade soberana não pode, estar sujeita a qualquer regra ou restrição; a soberania equivale ao poder absoluto e perpétuo da República, também

declara o soberano como fonte da lei e não está submetido às suas próprias leis, embora seja obviamente limitado pela lei natural. (BESSON, 2015).

A concepção moderna de soberania remonta à sua consagração no Tratado de Vestefália em 1648. Quando foram estabelecidos os princípios da delimitação territorial da autoridade do Estado e da não intervenção, marcando a ruptura em dois aspectos: a autoridade secular sobre um determinado território era considerada última e independente do poder religioso; e nenhuma intervenção externa mais no reino da jurisdição soberana foi autorizada, seja religiosa ou secular. (BESSON, 2015)

A partir do final do século XVIII, a noção moderna de soberania começou a se difundir por todo o mundo, e em cem anos após Bodin, Thomas Hobbes reformulou a ideia de autoridade soberana na obra "O Leviatã". Em Hobbes o soberano ainda era a imagem de um senhor absoluto, porém seu poder não era mais original e incondicional e sim resultante de um contrato entre pessoas singulares e constitui uma função ou propriedade do Estado e da ordem jurídica, podendo ser atribuída ou reatribuída se necessário. (BESSON, 2015)

Esta concepção quase absoluta da soberania do Estado é questionada 50 anos após por John Locke, que em sua teoria a autoridade do soberano deriva de um contrato entre os indivíduos e o soberano que pode, portanto, ser responsabilizado por uma violação do contrato e pela violação dos direitos individuais em particular, Locke estabelece limites estritos ao poder do soberano e assegurar a divisão de poderes e controle constitucional, sendo a primeira teoria a conceber um soberano limitado e legal, que é fonte de lei, e ao mesmo tempo limitado por suas próprias leis. (BESSON, 2015)

Um Estado soberano pode ser limitado quando regulado por leis que resultam da vontade coletiva de todos os Estados, portanto, por sua vez, para poder proteger sua soberania interna, o Estado precisava se sujeitar ao direito internacional público. Essa compreensão gradual coincidiu com o desenvolvimento do direito internacional clássico a partir do início do século XIX e com o Congresso de Viena (1815), pode-se afirmar que a soberania é inerentemente limitada. O direito internacional era considerado o direito que permitia a coexistência internacional entre Estados soberanos; cobrindo as áreas relativas à organização da soberania externa dos Estados, desde a regulamentação de fronteiras até a solução de controvérsias. Protegendo a soberania interna, proibindo a intervenção em outro Estado e garantindo imunidade a um Estado perante as autoridades de outro. (Besson, 2015)

A questão da soberania externa do Estado nas suas relações internacionais foi progressivamente ocupando um lugar central durante o século XIX. A emergência do Estado moderno foi acompanhada pelo desenvolvimento de ordens políticas e jurídicas centralizadas, territorial e pessoalmente determinadas e entre as quais não havia vínculos

de subordinação. Nessas circunstâncias, a soberania externa capturou a relação de independência dos Estados soberanos fora de suas fronteiras nacionais e seus direitos iguais nas relações mútuas. No direito interno, os poderes externos foram gradualmente regulamentados em cima da estrutura interna da soberania nacional, por um lado, quanto no direito internacional onde os aspectos externos e, embora em menor medida no início, os aspectos internos da soberania tornaram-se objetos de regras e princípios internacionais, de outro. (BESSON,2015).

O século XX foi caracterizado pelo desenvolvimento do direito internacional moderno, com destaque a partir de 1945. Neste momento, ao mesmo tempo em que emergia o direito internacional moderno, o conceito moderno de soberania foi finalmente internacionalizado, tanto em sua dimensão externa quanto interna. A medida em que as relações internacionais se tornavam mais complexas, envolviam-se mais atores e questões, a soberania também se adapta conjuntamente as novas circunstâncias. Finalmente, assim como a soberania doméstica moderna tem uma dimensão interna e outra externa, a soberania internacional moderna não é mais apenas externa, mas também tem uma dimensão interna crescente, à medida que o direito internacional regula os elementos da organização e competência interna do Estado. (BESSON, 2015).

Com a Segunda Guerra Mundial há a necessidade por parte da sociedade internacional de observar os direitos humanos e evitar que a história se repita, sendo o pós- Segunda Guerra um momento de “reconstrução” dos direitos humanos, com muito mais atenção. O processo de internacionalização dos direitos humanos teve como resultado os indivíduos na posição central de sujeitos de direito internacional, dotando-os de mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente consagrados. Afastando-se do conceito de soberania estatal absoluta, para proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os seres humanos, tanto no plano interno como no plano internacional, sujeitando a soberania às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos do homem. (MAZUOLLI, 2002).

#### **4. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA**

Na contemporaneidade há uma espécie de conflito quanto a harmonização do conceito de soberania nos ditames da nova ordem internacional, pois mesmo que a soberania esteja firmada nos diplomas legais do direito internacional por meio do princípio da não-intervenção e da autodeterminação dos povos, este instituto, frequentemente entra em desacordo com a atuação dos órgãos supranacionais de direitos humanos. Pois é utilizado pelos atores de direito internacional para legitimar ou defender as violações aos ditames internacionais de direitos humanos por parte de um Estado em relação aos seus indivíduos, o princípio da soberania é violado para que ocorram intervenções em defesa

dos direitos humanos no ordenamento interno de um Estado. (WOJCIECHOWSKI e ALTHAUS, 2011).

Em decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos, advindo do pós-Segunda Guerra, o conceito tradicional de soberania, que entende ser ela um poder ilimitado do Estado em relação ao qual nenhum outro tem existência, quer interna quer internacionalmente, passa a enfraquecer-se sobremaneira (MAZZUOLI, 2002).

O tradicional conceito de soberania, entendido como um poder absoluto e ilimitado do Estado passou por transformações, tendo em vista os acontecimentos sociais e históricos dos últimos tempos, principalmente no que tange aos Direitos Humanos nas relações internacionais.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli entende que:

A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático com a crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos. Assim, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, direito interacional dos direitos humanos começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos básicos dos indivíduos. (MAZZUOLI, 2011, p. 814)

A relativização do direito à Soberania decorre do crescimento do intercâmbio comercial entre os países, a evolução tecnológica e de comunicações que propiciou a multiplicação das relações entre os atores do sistema internacional, retirando dos entes estatais o monopólio das relações internacionais, com a criação das organizações internacionais intergovernamentais, criada pela necessidade de tutelar os problemas emergentes e a ascensão do indivíduo como sujeito de direito internacional, decorrente da necessidade de impor aos estados a efetiva observância dos direitos dos homens. (FRIEDRICH e TORRES, 2013).

Os acontecimentos políticos, econômicos, culturais ou sociais de um país vai além dos limites fronteiriços de seus territórios, Essa mudança institucional do mundo semeou um movimento de supranacionalização de direitos considerados difusos (indivisíveis e transindividuais), dentre os quais se destacam as áreas dos direitos humanos e ambientais, como a proteção de direitos tais como a dignidade da pessoa humana, a qualidade de vida,

o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o acesso à justiça e a democracia. (FRIEDRICH e TORRES, 2013).

Pode-se dizer, portanto, que a principal causa da relativização do direito à Soberania incide justamente na necessidade de observância efetiva dos direitos humanos. É com base na proteção dos direitos humanos que o direito internacional admite a relativização da soberania internacional, levando em consideração, violações bárbaras decorrentes da segunda Guerra mundial onde a soberania estatal se sobrepunha à necessidade de se tutelar o bem estar do indivíduo, e não é possível a aplicação dos direitos humanos, se a soberania é absoluta e inflexível, assim como aborda Mazzuoli: "Não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada, o que impediria a projeção desses direitos na agenda internacional." (MAZZUOLI, 2002).

Mazzuoli declara que "a verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns". Portanto, ele traz a importante reflexão quanto a um novo conceito de soberania, partindo da noção que o Estado se encontra incluso e faz parte de uma comunidade e um sistema internacional, ao ratificar um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania, mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com sua Constituição. (MAZZUOLI, 2002).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo permitiu maior compreensão acerca do conceito de soberania, a partir do seu contexto histórico, sendo apresentada suas primeiras denominações e evolução juntamente ao avanço das relações internacionais, conflitos e desafios frente a nova ordem mundial e a globalização e conexão entre os Estados e diversos atores do sistema internacional. Ressaltada também a importância da soberania para a formação do Estado e desenvolvimento do direito internacional.

Também foi identificado o que levou a uma possível "crise da soberania" no mundo globalizado, logo, a ascensão do indivíduo como sujeito de direitos e deveres no âmbito da sociedade internacional, vislumbrou-se a necessidade da defesa dos direitos do homem, não somente em esfera nacional, mas também em âmbito internacional, sendo competência de Direito internacional Público tomar as devidas medidas preventivas e repressivas as ocasiões de violações dos direitos humanos.

Com tudo o que foi abordado no presente material, entende-se que para que sejam atingidos os objetivos dos órgãos de direito internacional, objetivando a manutenção da paz, segurança internacional e proteção dos direitos dos indivíduos, é necessária a relativização do entendimento acerca da aplicação deste instituto, de modo

que a atuação dos órgãos supranacionais seja legítima, evitando que os Estados, em nome do conceito estagnado e anacrônico de soberania fundamentem atos de violação aos direitos humanos.

## 6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BESSON, Samantha. **Sovereignty**. Oxford Public International Law. (c) Oxford University Press, 2015. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com>.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10º ed. São Paulo: Editora Malheiros. 1996, p. 126.

COLOMBO, Silvana. **A Relativização do Conceito de Soberania no Plano Internacional**. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba- PR, a. 2, v. 1, n.3, ago/dez. 2008.

FRIEDRICH, Tatyana e TORRES, Paula. **A relativização de princípios clássicos de direito internacional no mundo globalizado no caso líbio**: apontamentos sobre soberania, não-intervenção em assuntos internos e conselho de segurança da ONU. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 96-112, julho/dezembro de 2013.

MAZZUOLI, Valério. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania nacional e direito internacional**. Brasília, n.27, p. 84-94. Out/dez. 2004.

NÓBREGA, Jair Rodrigues. **Noção de soberania à luz do direito internacional do desenvolvimento**. n. 1, jul./dez. 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 127.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ALTHAUS, Ingrid Giachini. **O esvaziamento do conceito tradicional de soberania em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## O JULGAMENTO DO RE 955.227 E O AVANÇO NO RECONHECIMENTO DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

**GIOVANNA LICURSI RODRIGUES:**  
Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada<sup>53</sup>.

**RESUMO:** O artigo traça um breve panorama sobre as discussões, no Supremo Tribunal Federal, sobre a abstrativização do controle difuso e incidental de constitucionalidade exercido pela Corte. Após, expõe o julgamento do RE 955.227 pelo STF, em que foram atribuídos à decisão proferida no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral os mesmos efeitos de decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade para fins de desconstituição da coisa julgada tributária. Ao final, conclui-se que, enfim, o STF apresenta posicionamento vinculante sobre a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, o que representa uma mudança na jurisdição constitucional contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional contemporânea. Abstrativização do controle difuso. RE 955.227.

### 1. INTRODUÇÃO

Classicamente, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, as declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso e incidental<sup>54</sup> apenas possuiriam efeitos *inter partes*. Assim, declarada a (in)constitucionalidade de ato normativo pelo judiciário, tal decisão somente teria efeito sobre as partes do referido processo<sup>55</sup>.

---

53 E-mail: gilicursi@gmail.com

54 Vale mencionar que “*Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental — realizado na apreciação de um caso concreto — e o controle difuso — desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso.*” In BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 52.

55 “*O Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia ‘inter partes’, sujeita, ainda, à deliberação do Senado no sentido*”

Com a adoção da sistemática de Repercussão Geral trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no julgamento de Recursos Extraordinários pelo STF e com a fixação de teses vinculantes em tais julgamentos, houve tentativas, na Suprema Corte, de declarar a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. Conferir-se-ia, ao Senado, apenas o papel de publicização da decisão da Corte Constitucional proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, já que ela possuiria, por si só, os mesmos efeitos da decisão proferida em ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade<sup>56</sup>: eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*<sup>57</sup>. Trata-se do fenômeno que alguns autores denominaram de abstrativização do controle difuso.

Contudo, não havia notícia de entendimento vinculante do STF sobre tal mutação constitucional<sup>58</sup>, apesar de, na doutrina, ser identificada tal tendência<sup>59</sup>. Entendia-se, nesse sentido, que as decisões proferidas pelo STF em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, apesar de não serem mais dotadas somente de eficácia *inter partes*, não teriam os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, possuiriam “eficácia expansiva”<sup>60</sup>.

Ocorre que, no julgamento do RE 955.227 (Tema 885), que buscou definir os efeitos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado, fixou-se tese no sentido de que, para efeito de desconstituição da coisa julgada, a decisão da Corte, seja proferida em ação direta, seja proferida em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, geraria os mesmos efeitos sobre tal coisa julgada.

Analisando o acórdão e os votos proferidos no julgamento, o presente artigo investiga se a Tese firmada no julgamento do RE 955.227 conferiu efeito vinculante e eficácia *erga omnes* à declaração de (in)constitucionalidade proferida pelo STF em sede de

---

*da suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia ‘erga omnes’.* STF, ADI 91/SE, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 23 mar. 2001, p. 83. *Apud* BARROSO, Luis Roberto. *Ob. Cit.*

<sup>56</sup> A discussão paradigmática ocorreu no âmbito da Reclamação nº 4335, julgada em 20 mar. 2014 pelo STF, que será destrinchada em tópico posterior.

<sup>57</sup> Vide art. 102, §2º, CRFB/88.

<sup>58</sup> Conforme será demonstrado, não formou-se maioria na Corte para reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, da CF na Reclamação nº 4335, j. 2014. Ademais, não houve tese vinculante nas ADIs 3.406 e 3.470, j. 2017.

<sup>59</sup> Ver, por todos, PAULA, Luísa Alvim Monteiro. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Ano 1, n. 1 (ago. 2020). P. 363-384.

<sup>60</sup> SILVA, Diogo Bacha e. Eficácia expansiva no controle difuso de constitucionalidade: esse outro desconhecido. 2017, *Revista De Direito Administrativo*, 274, 113–131.



controle incidental e difuso de constitucionalidade, o que representaria uma mudança na sistemática da jurisdição constitucional contemporânea.

## **2. O JULGAMENTO DO RE 955.227 PELO STF E SUA RELEVÂNCIA PARA O AVANÇO DO RECONHECIMENTO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

O sistema de controle de constitucionalidade judicial brasileiro trazido pela CRFB/88 é tradicionalmente dividido entre o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, de competência exclusiva do STF, e o controle difuso e incidental de constitucionalidade, exercido pelos magistrados incidentalmente na análise do caso concreto.

Assim, apenas o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, em sede de processos objetivos, possuiriam efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, conforme dispõe o artigo 102, §2º da CRFB/88. Por outro lado, o controle incidental de constitucionalidade teria seus efeitos limitados ao processo subjetivo julgado na hipótese, ou seja, uma possível declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal teria apenas efeitos *inter partes*.

Contudo, transformações fáticas e jurídicas fizeram com que começasse a ser discutida a existência do fenômeno de abstrativização do controle difuso e incidental de constitucionalidade exercido no âmbito do STF em sede de julgamento de Recursos Extraordinários<sup>61</sup>. Tal fenômeno se baseia na ideia de atribuir, ao julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, os mesmos efeitos produzidos pelas decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

O principal marco dessa tendência foi a mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que definiu a necessidade do recorrente demonstrar a Repercussão Geral da matéria discutida nos autos para que seu Recurso Extraordinário fosse apreciado pela Suprema Corte.

O que, originariamente, representaria apenas um filtro defensivo da Corte Constitucional para reduzir o número de recursos apreciados, fez com que só pudessem ser julgados apelos extremos cuja discussão ultrapassasse os limites subjetivos da lide. Ademais, a decisão proferida nessa sistemática passou a vincular o julgamento dos demais processos que versassem sobre o mesmo tema – aproximando-o de um controle com efeitos *erga omnes* e vinculante. Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos entende que:

---

<sup>61</sup> Vide art. 102, III, CF.

O requisito da repercussão geral avançou consideravelmente a aproximação entre os sistemas difuso incidental e concentrado e abstrato sob várias perspectivas. A percepção de que o cabimento do recurso depende de a questão discutida ultrapassar os limites subjetivos da lide, tendo impacto mais abrangente do que apenas os interesses das partes, reflete essa ideia de generalidade dos interesses e, logicamente, dos efeitos da decisão no âmbito do controle de constitucionalidade. Nessa mesma linha, a legislação prevê que, reconhecida a repercussão geral, o relator no STF determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Além disso, outros recursos extraordinários que tenham sido interpostos e abordem o mesmo tema ficarão sobrestados nos Tribunais, aguardando a decisão do STF. E, caso este não reconheça a repercussão geral, esses outros recursos, que sequer chegaram à Corte, serão inadmitidos no âmbito dos próprios Tribunais de origem. Ou seja: a rigor, a decisão sobre a repercussão geral afetará todos aqueles que tenham uma disputa em curso perante o Poder Judiciário na qual o tema constitucional em questão seja discutido.<sup>62</sup>

Assim, discutiu-se, na Suprema Corte, a necessidade de declarar a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, conferindo ao Senado apenas o papel de publicização da decisão da Corte Constitucional, já que ela produziria, por si só, os efeitos *erga omnes* e vinculantes.

A discussão paradigmática ocorreu no âmbito do julgamento da Reclamação nº 4335, em 2014. O Ministro Gilmar Mendes suscitou a questão, reconhecendo o fenômeno de abstrativização do controle difuso e a mutação no papel exercido pelo Senado, não só com base na sistemática da Repercussão Geral, mas também pela própria eficácia atribuída pela Corte às suas recentes decisões:

Parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o STF, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do

---

62 BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1ª ed. P. 626.

Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. (...) Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a ideia de superação do referido art. 52, X, da Constituição Federal na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal<sup>63</sup>.

Ressaltou o Ministro, ainda, que a criação das Súmulas Vinculantes reforçam a ideia de superação do art. 52, X, da CF, já que elas permitem "*aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado*"<sup>64</sup>.

Contudo, em tal julgamento, a tese foi rejeitada pela maioria da Corte.

De todo modo, foi reconhecido que as decisões proferidas pelo STF em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral não seriam mais dotadas somente de eficácia *inter partes*, e, tampouco, possuiriam efeitos *erga omnes*. Foi criada, assim, uma terceira categoria, denominada "eficácia expansiva". A eficácia expansiva, ao contrário do efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, não permitiria o ajuizamento de Reclamação perante o STF<sup>65</sup>.

Posteriormente, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, em 2017, o Ministro Gilmar Mendes suscitou novamente a questão, no sentido de "*ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental*"<sup>66</sup>.

Isso porque o CPC/2015 teria reforçado a abstrativização do controle difuso e incidental de constitucionalidade, ao permitir que seja alegada inexigibilidade do título executivo judicial por contrariar julgamento do STF em sede de RE com Repercussão Geral<sup>67</sup>. Ademais, embora não perpassado pelo Ministro, o CPC/2015 traz a possibilidade do ajuizamento de Reclamação perante o STF quando descumprida Tese de Repercussão

---

63 STF, Rcl 4.335, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014.

64 *Ibid.*

65 SILVA, Diogo Bacha e. Eficácia expansiva no controle difuso de constitucionalidade: esse outro desconhecido. 2017, Revista De Direito Administrativo, 274, 113–131.

66 STF, ADI 3.406 e ADI 3.470, rel. min. Rosa Weber, j. 29-11-2017, Informativo 886.

67 Vide art. 535 do CPC.

Geral<sup>68</sup>, o que, também, derrubaria a tese da “eficácia expansiva” da decisão proferida em tal regime.

Ainda, há de se mencionar o posicionamento dos demais Ministros, compilados a seguir:

O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. (...) A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim<sup>69</sup>.

Ocorre que, embora ventilada a questão, com a clara exposição do posicionamento que passaria a ser adotado pela Corte, reconhecendo-se o fenômeno de abstrativização do controle difuso e a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, tal constatação não constou da parte dispositiva do julgamento das referidas ADIs. E, como o STF não adota, atualmente, a teoria dos motivos determinantes para delimitar a eficácia de seus julgamentos<sup>70</sup>, tal fundamentação não foi dotada de efeitos vinculantes.

---

<sup>68</sup> O art. 988, §5º, II do CPC estabelece que é inadmissível reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”. O STF, ao contrário do STJ, interpreta tal disposição no sentido de que é admissível a reclamação desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Nesse sentido: STF, Rcl 39305 AgR, Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado 03 fev. 2020, DJe 23 abr. 2020.

<sup>69</sup> STF, ADI 3.406 e ADI 3.470, rel. min. Rosa Weber, j. 29-11-2017, Informativo 886.

<sup>70</sup> Leciona Ingo Sarlet que a teoria dos motivos determinantes seria relacionada à “eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que contêm particularidades próprias e distintas, mas que, na sua integridade enquanto questão a ser resolvida, são similares à já decidida, e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal quando da decisão”. Apesar de adotada em alguns precedentes, como no julgamento das Reclamações 1.987, 2.986 e 2.363, “decisões posteriores do STF deixaram de reafirmar a tese da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes – assim, por exemplo, na Rcl 2.475 e na Rcl 5.082”. In SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Enfim, no julgamento do RE 955.227 (Tema 885 de Repercussão Geral), em fevereiro de 2023, parece ter o Supremo Tribunal Federal finalmente fixado, com efeitos vinculantes, a equiparação dos efeitos de suas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Tal tema julgava os efeitos das decisões do STF em controle difuso e incidental de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado. Nessa perspectiva, fixou-se tese no sentido de que, para efeito de desconstituição da coisa julgada, a decisão da Corte, seja proferida em ação direta, seja proferida em sede de repercussão geral, geraria os mesmos efeitos, nos seguintes termos:

**1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo**<sup>71</sup>. (grifou-se)

Inclusive, assenta-se que, antes da sistemática de Repercussão Geral, não deveria se falar em abstrativização do controle difuso ou atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante à decisão em sede de controle de constitucionalidade proferida em julgamento de Recurso Extraordinário. Em outros termos, foi a criação da sistemática da Repercussão Geral a grande virada de chave na aproximação desses sistemas.

Embora não tenha constado na Tese aprovada pelo Plenário, o voto proferido pelo Relator, Ministro Luis Roberto Barroso, expressamente assentou que a Corte deveria reconhecer ao Recurso Extraordinário com Repercussão Geral os mesmos efeitos da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade:

(...) aproveito para afirmar ser necessário que esta Corte reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* atribuídos às ações de controle abstrato. Nesses casos, a resolução do Senado, a que faz menção o art. 52, X, da CF/1988, possuirá a finalidade de publicizar as decisões

---

<sup>71</sup> STF, RE 955.227, Plenário, Rel. Ministro Luis Roberto Barroso, julgado 08 de fev. 2023, DJe 02 de mai. 2023.

de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes erga omnes. (...)

Desse modo, entendo ser imprescindível que se reconheça a mutação do art. 52, X, da CF/1988, para as decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral. Apesar de a matéria de fundo, no presente caso, tratar da constitucionalidade de lei, e não de sua inconstitucionalidade, a nova interpretação do referido dispositivo constitucional é relevantíssima, sobretudo em matéria tributária. Isso porque, atualmente, a Administração Pública não se vincula automaticamente às decisões proferidas em repercussão geral e, em sendo ela que constitui os créditos tributários, é bastante comum que autuações sejam feitas mesmo após esta Corte ter se manifestado pela inconstitucionalidade do tributo em sede de repercussão geral. Além disso, caso o Tribunal não entenda dessa forma, a própria decisão proferida neste recurso vinculará o Judiciário<sup>72</sup>.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto-vista, também se manifestou sobre o processo de objetivação do controle difuso, *in verbis*:

Penso que essa solução é a que mais se compatibiliza com o postulado da segurança jurídica, uma vez que a Constituição Federal e a legislação processual estabelecem que, para o reconhecimento da repercussão geral, a controvérsia, além de ser dotada de relevância econômico, político, social ou jurídico, deve ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Em especial, o art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 admite reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. Assim, vê-se que, de fato, houve a objetivação do controle difuso quando proferido em sede de repercussão geral<sup>73</sup>.

Assim, do mesmo modo que ocorreu no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, houve discussão e, principalmente, reconhecimento pela Corte no sentido da efetiva abstrativização do controle difuso em sede de julgamento, pelo STF, de RE dotado de Repercussão Geral. E, da mesma forma, o voto proferido pelo Relator no sentido de reconhecimento da abstrativização do controle difuso não possui efeitos vinculantes, já

---

<sup>72</sup> Voto do Min. Roberto Barroso no julgamento do RE 955.227, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado 08 de fev. 2023, DJe 02 de mai. 2023.

<sup>73</sup> Voto-vista do Min. Alexandre de Moraes no julgamento do RE 955.227, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado 08 de fev. 2023, DJe 02 de mai. 2023.

que a Corte não adota a teoria dos motivos determinantes para atribuir eficácia aos seus julgamentos.

Porém, resta claro que a Tese fixada no Tema 885, que vincula os Tribunais<sup>74</sup>, equipara os efeitos da decisão proferida em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral aos efeitos da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade para fins de desconstituição da coisa julgada de trato sucessivo, quais sejam, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nos termos do artigo 102, §2º da Constituição Federal.

Inclusive porque, conforme apontado pelo Relator, caso não fosse reconhecida tal equiparação de efeitos, a Tese fixada no Tema 885 sequer deveria ser observada pela Administração, já que fora proferida em um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, que, em tese, possuiria apenas eficácia expansiva.

Portanto, parece que, após uma longa discussão sobre a evolução do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, finalmente a Corte afirma a abstrativização do controle de constitucionalidade incidental por ela exercido e a mutação constitucional do papel exercido pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CRFB/88.

### **3. CONCLUSÃO**

A aproximação dos controles de constitucionalidade incidental e abstrato exercidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal é tendência que dura, pelo menos, duas décadas. Contudo, mesmo já tendo discutido o tema em mais de uma oportunidade, a Corte ainda não havia reconhecido, de forma vinculante, a atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante ao julgamento de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

A partir da tese fixada no RE 955.227, tem-se que o STF efetivamente atribuiu, à declaração de (in)constitucionalidade em sede de análise incidental feita pela Corte, os mesmos efeitos atribuídos ao processo objetivo, inclusive para fins de alteração de relações de trato continuado que possuam coisa julgada em sentido contrário.

Destarte, este pode não ser o último capítulo da discussão de objetificação da análise incidental de constitucionalidade exercida pelo STF, mas, certamente, representa um verdadeiro avanço e efetiva fixação de um posicionamento vinculante da Corte Constitucional.

Desse modo, as Teses de Repercussão Geral ganham ainda mais relevância em matéria de jurisdição constitucional, podendo transmutar relação jurídica de trato

---

<sup>74</sup> Vide art. 1.040 do CPC.

continuado que tenha coisa julgada individual em sentido contrário, autorizar a desconstituição de coisa julgada que a contrarie, tornar título executivo judicial inexigível, bem como, no caso de seu descumprimento pelos Tribunais, enseja o cabimento de Reclamação à Corte.

Observa-se, portanto, uma mudança na sistemática da jurisdição constitucional contemporânea.

#### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1ª ed.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAULA, Luísa Alvim Monteiro. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o sistema de precedentes vinculantes. Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Ano 1, n. 1 (ago. 2020). P. 363-384.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Diogo Bacha e. Eficácia expansiva no controle difuso de constitucionalidade: esse outro desconhecido. 2017, Revista De Direito Administrativo, 274, 113-131. <https://doi.org/10.12660/rda.v274.2017.68744>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 91/SE, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 23 mar. 2001, p. 83

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20 mar. 2014, DJE de 22 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3.406 e ADI 3.470, rel. min. Rosa Weber, j. 29 nov. 2017, Informativo 886.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rcl 39305 AgR, Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 fev. 2020, DJe 23 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 955.227 (Tema 885 de Repercussão Geral), Plenário, Rel. Ministro Luis Roberto Barroso, julgado em 08 de fev. 2023, DJe 02 de mai. 2023.



## **O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO BRASIL NO CONTEXTO DE ACOLHIMENTO DOS MIGRANTES VENEZUELANOS**

**SARAH STEPHANY RIBEIRO TÁVORA:**  
Graduanda do curso de Direito da Universidade  
Federal do Amazonas – UFAM <sup>75</sup>

**RESUMO:** O presente artigo propõe-se a realizar uma análise dos impactos do Direito Internacional na salvaguarda dos direitos dos refugiados, bem como investigar os desafios enfrentados pelo Brasil no acolhimento dos migrantes forçados venezuelanos. A problemática que contextualiza este estudo deságua na intensificação de êxodos de migrantes forçados, e a conseqüente crise de refugiados em diversas partes do mundo. A elaboração do presente artigo se justifica na eminente urgência e relevância da temática, haja vista o exponencial aumento de refugiados nas últimas décadas, e a conseqüente dificuldade dos Estados em realizarem o acolhimento dos refugiados acolhidos. O presente estudo foi pautado na pesquisa exploratória e qualitativa, as informações foram coletadas mediante pesquisa bibliográfica assim como por bancos de dados das instituições relevantes à temática, especialmente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Estrangeiros (ACNUR) e o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Como hipóteses levantadas, menciona-se a consolidação dos Direitos dos Refugiados após a Segunda Guerra Mundial, em virtude da ascensão dos Direitos Humanos como uma das principais pautas internacionais; constatou-se, que no Brasil, as medidas empregadas para proteção dos refugiados venezuelanos concentraram-se no ordenamento de fronteira, mas restaram insuficientes no acolhimento e no dever de integração social dos refugiados.

**Palavras-chave:** Direito dos Refugiados; Convenção de 1951; venezuelanos no Brasil; Lei de Refúgio.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the impacts of international law on the protection of refugees' rights and investigate the challenges faced by Brazil in accommodating Venezuelan refugees. The issue that contextualizes this study arises from the intensification of forced migration and the resulting refugee crisis in various parts of the world. This article's elaboration is justified by the urgent need and relevance of the subject, given the exponential increase in refugees in recent decades and the resulting difficulty for states to accommodate them. The study was based on exploratory and qualitative research. The information was collected through bibliographic research and databases of institutions relevant to the subject, especially the United Nations High Commissioner for Refugees

---

<sup>75</sup> E-mail: sarahtavorastephany@hotmail.com

(UNHCR) and the National Committee for Refugees (CONARE). Some hypotheses raised include the consolidation of refugee rights after World War II, due to the rise of Human Rights as one of the main international agendas. It was also found that in Brazil, the measures employed to protect Venezuelan refugees concentrated on border regulation but were insufficient in terms of providing proper accommodation and social integration for the refugees.

**Keywords:** Refugee Rights; 1951 Convention; Venezuelan Refugees; Refugee Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A criação do instituto do refúgio remonta ao início do século XX, em um contexto de pós Primeira Guerra Mundial e como consequência do significativo número de pessoas perseguidas nos territórios da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Neste cenário, foi vislumbrado, o referido instituto, pela Liga das Nações a fim assegurar de forma concreta a proteção dos refugiados, mediante a reunião e vinculação dos demais atores internacionais às obrigações que tinham para com os migrantes forçados (Jubilut, 2007).

Nesta ótica, consoante será abordado neste estudo, o instituto do Refúgio passou por um processo de evolução significativo nas últimas décadas, na medida em que dispõe, na atualidade, de um sistema político-jurídico internacional fortemente consolidado e de prestígio na comunidade internacional, constituindo-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 como a pedra angular dos Direitos dos Refugiados (Jubilut, op. cit.).

Na atualidade, a discussão acerca dos Direitos dos Refugiados ocupa importante espaço entre os atores internacionais, na medida em que tais direitos se fazem imprescindíveis para a proteção de milhões de refugiados que todos os anos deixam seus países por ameaças ou violações à vida, à integridade física ou à liberdade. Neste sentido, dados da ACNUR (o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) apontam que até o final do ano de 2022, o número de pessoas deslocadas por perseguição, guerra, violência e violação dos direitos alcançou o recorde de 108,4 milhões, constatou-se ainda, o aumento de 19,1 milhões dos migrantes forçados em relação ao ano anterior (Pachioni; Beltrame, 2023).

A problemática surge, uma vez que o aumento gradativo dos migrantes forçados pelo mundo desencadeia uma grande crise de refugiados, e por consequência, tem gerado o aumento dos casos de xenofobia e discursos de ódio, bem como a sobrecarga nos locais de acolhimento que apresentem infraestrutura inepta, este último fator, gera outros transtornos como: a dificuldade de acesso à saúde, moradia, educação, serviços de saúde e trabalho pelos refugiados, mesmo após terem deixado o país de origem e já estarem em solo do país acolhedor.

Neste sentido, o presente estudo visa compreender o papel que exerce o Direito Internacional na salvaguarda dos direitos do Refugiados, tomando como ponto inicial o estudo da evolução histórica e conceitual do instituto e dos instrumentos jurídicos hoje prestigiados pela comunidade internacional bem como pela análise da performance do governo brasileiro quando do acolhimento dos refugiados venezuelanos no Brasil.

## **2 O PANORAMA HISTÓRICO DO INSTITUTO DO REFÚGIO**

Para que se possa compreender o Direito dos Refugiados na contemporaneidade, importa que, em primeiro lugar, examine-se a evolução histórica do seu predecessor: o direito ao asilo. Ademais, tal investigação será de grande valia, na medida em que auxiliará na distinção de ambos os institutos, que será feita, ainda neste estudo.

### **2.1 O ASILO COMO PREDECESSOR DO REFÚGIO**

Nos Bastariam poucos minutos diante de um bom livro de história para que fosse possível identificar, já nos primórdios da humanidade, diversas incidências do asilo. Nesta ótica, não seria um exagero afirmar que o asilo é tão antigo quanto a própria humanidade, e que é tão intrínseco a ela, quanto a existência do próprio ser humano. É neste sentido que Reale (1938 *apud* Silva Júnior, 2017, p. 199) aduziu ser a ideia de asilo “[...] contemporânea ao crime e ao infortúnio, à penitência e à piedade”.

Destarte, já nos primeiros capítulos do Livro Sagrado dos Cristãos, a Bíblia, é possível observar uma série de ocasiões que levaram os indivíduos a buscarem terras alheias para se abrigarem. Neste contexto, de plano, depara-se com a história de Adão e Eva, o primeiro casal a ser criado por Deus, que foi expulso do jardim do Éden, como consequência da desobediência e do pecado que os separou do Divino.

[...] Então disse o Senhor Deus: "Agora o homem se tornou como um de nós, conhecendo o bem e o mal. Não se deve, pois, permitir que ele tome também do fruto da árvore da vida e o coma, e viva para sempre. Por isso, o Senhor Deus o mandou embora do jardim do Éden para cultivar o solo do qual fora tirado. Depois de expulsar o homem, colocou a leste do jardim do Éden querubins e uma espada flamejante que se movia, guardando o caminho para a árvore da vida (Bíblia, 2018, gn 3, 22-24, p. 16-17).

Assim também Caim, que movido pelo sentimento de inveja, decidiu ceifar a vida de Abel, seu único irmão, sendo castigado pelo Criador a vagar errante pela terra; De igual modo, José, que foi orientado a deixar a sua terra a fim de livrar, das mãos de Herodes, o Salvador que viria a nascer (Bíblia, 2018).

É perceptível neste momento histórico, ainda que implicitamente, a presença do asilo como meio de encontrar refúgio em outra terra, outro povoado ou nação, pelos mais variados fatores possíveis.

Nesse sentido, Rodrigues (2006) explica que a palavra asilo tem sua raiz no grego *Asylon*, sendo formada pela partícula “a” que indica a negativa “não” e *asylo*, que equivale a quitar, arrebatado, secar, extrair; tal expressão possui esta origem haja vista o asilo ter sido comumente adotado pelas políticas da Grécia Antiga, conhecida por abrigar os perseguidos e estrangeiros, de modo que os beneficiários de tal direito eram abrigados em Mosqueiros, bosques sagrados e juntos ao imperador. Deste modo, para os Gregos, a concessão do Asilo importava na demonstração de humanidade e cultura, sendo que, naquele momento, a Grécia concedia o benefício a todos os criminosos, independentemente da gravidade ou espécie do crime cometido.

Como consequência da expansão do Império Romano, o caráter estritamente humanitário adotado pelos Gregos deu lugar à prevalência da ótica jurídica. Neste ínterim, o Imperador Teodósio, mediante o édito que regulamenta o Direito ao Asilo, em 431 - posteriormente confirmado pelo Código Justiniano, em 535 - impôs a concessão do Asilo sob a condição da inexistência de crimes cometidos no seio da legislação vigente, contando, contudo, com especial proteção aos perseguidos injustamente pelo Poder Público. Neste momento histórico, o asilo se estabelecia nas dependências da igreja católica, a saber, igrejas, conventos, mosteiros e cemitérios (Andrade; Rodrigues, 2019).

Após o declínio do Império Romano, observou-se uma grande transformação no cenário Europeu, visto que o rompimento da natureza hegemônica que trazia o domínio romano deu lugar à luta pela construção de uma identidade própria e pela prevalência em face do outro. Neste momento ocorre o nascimento do Estado Moderno, com a supervalorização do “eu” e da hiperproteção das gentes, da cultura e das fronteiras. Dessarte, pode-se dizer que entre os séculos X e XV, assiste-se uma grande reforma no instituto do Asilo, sobretudo pois os locais de asilo, tais como mosteiros, igrejas, conventos e demais locais típicos de acolhimento aos asilados passaram a ser abrigo de muitos abusos e injustiças, vez que eram aceitos todos os tipos de criminosos que já não podiam ser controlados só pela Igreja. Em virtude dos descontroles, o asilo passou também a ser responsabilidade dos Estados Europeus, o que os levou a tomar medidas mais restritivas na admissão dos asilados (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Com a perda do Poder do Clero, já no século XVI, em face do rompimento institucional com a Igreja Católica, o Asilo deixou de ser uma função exclusivamente clerical, passando a ser competência dos governantes europeus, que adotaram uma política mais benéfica aos asilados, com exceção, todavia, dos criminosos políticos, haja vista que as escolhas políticas eram movidas por um desejo de vingança privada. A partir de então, iniciou-se o processo de Laicização do instituto do Asilo, que alcançou sua

concretização no século XVII. Neste sentido, o poder civil interno passou a reger a política do asilo, dado o contexto de nascimento dos Estados Nacionais e do estabelecimento do poder civil soberano interno dos respectivos Estados em formação (Andrade; Rodrigues, 2019).

Segundo Andrade e Rodrigues (op. cit.), já no século XVII, passou-se a interpretar o direito ao Asilo como sendo um direito natural do ser humano, transformando-se em uma obrigação dos Estados em nome do dever humanitário que tinham para com os indivíduos perseguidos. Assim sendo, os precursores do Direito Internacional, sobretudo, Suarez, Wolff e Hugo Grotius, passaram a defender a tese de que o direito ao asilo é também um dever de prestação de proteção e auxílio humanitário inerente à figura do Estado e por isso, um direito natural. De igual modo, Grotius entendia que somente deveria ser concedido asilo aos indivíduos perseguidos por crimes religiosos e políticos, tese que só veio a ser adotada a partir do século XIX.

No século XVIII, no contexto da Revolução francesa de 1789, surge a primeira tentativa de constitucionalização do instituto do asilo. Dessarte, a constituição francesa de 1793 passou a reconhecê-lo em seu art. 120, dispondo-se a acolher pessoas de outras nacionalidades que estavam sendo perseguidas pelos seus países de origem em virtude das restrições de seus direitos e liberdades. Cumpre salientar, contudo, que tal tentativa se deu por frustrada, uma vez que foi vencida pelos movimentos contrarrevolucionários, que acabaram por impedir a entrada em vigor da Constituição Francesa de 1793 (Rodrigues, 2008).

Nesta esteira, observou-se, nos anos em que seguiram a revolução, a edição de um conjunto de medidas legislativas ainda mais restritivas no que diz respeito às políticas de asilo, que passaram a permitir, inclusive, a expulsão de estrangeiros que viessem a perturbar a ordem pública (Rodrigues, op. cit.).

De acordo com Rodrigues (op. cit.), nos demais países da Europa, o direito ao asilo deixou de ser um direito individual, e passou a se tornar uma prerrogativa do Estado em admitir ou não o requerente do asilo. Contudo, é no início do século XIX que as teses de Grotius começaram a ser adotadas e vão alçando maior relevância perante os integrantes da comunidade internacional, de modo que, a partir desse momento, os asilados praticantes de graves crimes comuns passaram a ser entregues aos países em que os tinham cometido, ademais, nos casos dos praticantes de crimes políticos, aplicava-se o princípio da não extradição, salvo os crimes praticados contra o chefe do Estado.

Assim sendo, o Reino Unido foi o primeiro a introduzir o princípio da não extradição em sua legislação, a Lei de Registros de Estrangeiro (The 1826 Registration of Aliens Act) vedava ao governo britânico, a prerrogativa de deportar os beneficiários do asilo,

postulando que uma vez concedido o asilo, este não poderia ser devolvido. Ademais, o art. 6º, da lei de extradição Belga ('Loi sur les extraditions'), consagrou o princípio de não extradição de qualquer asilado político, com exceção dos asilados que ameçassem a segurança pública (Aleshkovski; Botcharova; Grebenyuk, 2021).

Pode-se dizer, contudo, que até o período que antecede a primeira Guerra Mundial, a comunidade internacional fazia vistas grossas às complexidades intrínsecas ao instituto do asilo, de maneira que ainda não se vislumbrava um tratamento político-jurídico efetivo que promovesse a sua proteção e solidificação e não se vislumbrava um arcabouço jurídico voltado para essa garantia. Assim sendo, observa-se que a proteção fornecida se dava em casos velados e de caráter ad hoc, seja pela concessão do asilo, ou a extradição conjugada com o direito penal internacional (Rodrigues, op. cit.).

## 2.2 A ASCENSÃO DO REFÚGIO NO CONTEXTO DE PÓS-GUERRA

O cenário mundial sofreu drásticas transformações em decorrência das perdas causada pela Primeira Guerra mundial. A guerra causou a morte de mais de 8 milhões de soldados, deixou cerca de 20 milhões de soldados feridos e 5 milhões desaparecidos, e junto às catástrofes, um enorme contingente de refugiados e vários outros milhares de movimentos populacionais de deslocação forçada, agora em busca de condições mínimas de sobrevivência (Rodrigues, 2008).

Observou-se o impacto em diversos prismas: no econômico pois os meios de produção estavam comprometidos - gerando aumento no índice de desemprego - no social, em vista do crescimento exponencial da miséria e da fome, e em termos políticos pois agora, a paz estava fragilizada e não havia um poder político estruturado. A acumulação desse desastre fez com que os Estados Europeus passassem a adotar políticas cada vez mais restritivas às migrações, essas medidas acabaram por fazer com que milhares de pessoas buscassem outros territórios para se deslocar, causando a formação de um enorme contingente de pessoas socialmente vulneráveis (Andrade; Rodrigues, 2019).

Tamanho fora a contingência de refugiados oriundos da Primeira Guerra Mundial, que o século XX chegou a ser chamado de "o Século dos Refugiados", é neste sentido que o escritor e crítico Britânico John Berger (2003 *apud* Aleshkovski; Botcharova; Grebenyuk, 2021, p. 115) aduziu: "o nosso século é o século de viagens forçadas...o século do desaparecimento. O século das pessoas verem impotentemente outros, que estavam próximos deles, desaparecerem no horizonte".

O quadro era catastrófico, milhares de pessoas passaram a ser vulneráveis social e economicamente, estavam sendo deportadas, perseguidas, desamparadas e, muitas delas carecendo de moradia, alimentos e acesso à saúde. Neste contexto, não houve outra saída à comunidade internacional senão passar a encarar a ineficiência das políticas que estavam

sendo adotadas e iniciar a busca por soluções concretas que promovessem a devida proteção aos refugiados.

No início, a assistência a essas pessoas era providenciada pela Cruz Vermelha, mas, com o constante aumento de indivíduos sob a sua custódia, esta organização solicitou a ajuda da Liga das Nações para enfrentar a questão. Essa organização, apesar de dar destaque à questão das minorias, não trazia em seu estatuto a problemática dos refugiados, mas, diante da situação concreta que lhe foi apresentada, estabeleceu, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos. Teve início aí a proteção internacional aos refugiados (Jubilut, 2007, p. 75)

Salienta-se que, embora o Tratado de Versalhes (1919) e o Pacto da Liga das Nações tenham estabelecido parâmetros gerais para promoção da paz e segurança internacionais, assim como a busca pela garantia de condições de trabalho dignas e justas para homens, mulheres e crianças, restou, contudo, inerte quanto às políticas de proteção e assistência aos imigrantes forçados (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Neste primeiro momento, a Liga das Nações passava por extrema pressão em resolver a problemática dos refugiados, assim sendo, embora não tenha estabelecido mecanismos necessários no Tratado de Versalhes para resolver a problemática, preocupou-se em regularizar o estatuto jurídico e o recenseamento dos refugiados, foi neste momento que se criou o “Passaporte Nansen”, o primeiro passaporte dos refugiados (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Em 1933 foi elaborada a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, pode-se dizer que foi o primeiro instrumento jurídico no âmbito internacional, especialmente elaborado para atender os direitos dos refugiados, prevendo, em especial a proibição de deportação dos Refugiados para os países em que sofriam perseguições (*non-refoulement*). A referida Convenção foi assinada por apenas 09 países, dentre esses a França e o Reino Unido e foi inovadora por atribuir ao refugiado uma condição semelhante ao do estrangeiro privilegiado, tornando-se uma referência para os instrumentos posteriores. Observa-se, contudo, que após o eclodir da Segunda Guerra Mundial, as discussões e a evolução acerca de políticas voltadas à questão do refúgio e do asilo ficaram, de certo modo, paralisadas (Andrade; Rodrigues, 2019).

Neste meio tempo, pode-se, contudo, mencionar dois tratados firmados a fim de garantir a proteção dos refugiados provenientes da Alemanha, quais sejam, o Acordo Provisório relativo ao Estatuto dos Refugiados vindos da Alemanha, firmado em Genebra em 04 de julho de 1936, e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados provenientes

da Alemanha, assinada em Genebra em 10 de fevereiro de 1938. Neste sentido, como os refugiados da Alemanha não tinham direito ao Passaporte Nansen, esses tratados objetivavam suprir essa necessidade, concedendo-se um certificado separado (Jaeger, 2001).

Cumprе reforçar, contudo, que nem o Acordo Provisório relativo ao Estatuto dos Refugiados vindos da Alemanha nem a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados provenientes da Alemanha traziam em suas previsões o princípio do *non-refoulement*, ademais suas previsões também eram mais fracas, do ponto de vista jurídico, do que a Convenção de 1933 (Jaeger, op. cit.).

Neste meio tempo, a comunidade internacional deduziu que a Liga das Nações não estava conseguindo desempenhar mudanças significativas que concretizasse as motivações e valores expressos quando da sua idealização, especialmente no que concerne à eliminação de disputas entre os Estados e a manutenção da paz internacional. Nesta senda, em 1945 foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), e em 1946 se vê sendo oficialmente dissolvida a Liga das Nações (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Deste modo, a ONU tem como objetivo servir como mediador em conflito entre países, promover o respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, além de fomentar a paz mundial e a sedimentação de um mundo mais justo e livre para os seus habitantes. infere-se que após o cenário devastador resultante dos conflitos da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer a imprescindibilidade dos Direitos Humanos para prevenir que outras injustiças e desastres viessem a acometer a humanidade. Por conseguinte, os Estados passaram a se comprometer a seguir as agendas para sanar as injustiças no âmbito social, econômico, humanitário (Rodrigues, 2008).

Em julho de 1947 a Assembleia-geral das nações unidas criou uma agência, não permanente e de caráter internacional, a chamada Organização Internacional para os Refugiados (OIR), tendo como objetivo impulsionar as políticas idealizadas acerca dos Direitos dos Refugiados, suas políticas relacionavam-se à identificação, a assistência médica, jurídica, auxílio em suas carências e necessidades, bem como ações de reinstalação e reintegração dos refugiados na sociedade. Pouco tempo depois, em 10 de dezembro de 1948 ONU promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como uma forma de complementar o disposto na Carta das Nações Unidas, neste documento veio a reconhecer a dignidade e o valor da pessoa humana, a igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e o comprometimento em fomentar melhores condições de vida aos seres humanos (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Contudo, resta pontuar que a OIR não logrou êxito em seu propósito, e logo percebeu-se que a problemática dos refugiados era de ordem mais profunda e complexa



do que se imaginava, não se tratava, portanto de uma questão pontual, e temporária, tinha raízes em aspectos endógenos e mais abrangentes que somente poderiam ser devidamente tratados por meio de normas sólidas, e por meio da participação mais incisiva de toda a comunidade internacional. Dada essa observação, em 01 de janeiro de 1951 a Assembleia-geral das Nações Unidas cria o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), enquanto cessa oficialmente o exercício da OIR, já em 1952. Neste sentido, nos termos do Estatuto da ACNUR de 14 de dezembro de 1950, o referido órgão será de caráter totalmente apolítico, será humanitário e social (capítulo I, 2) e terá como objetivo encontrar soluções permanentes para o problema dos Refugiados (Andrade; Rodrigues, 2019).

Observa-se, a partir deste momento, uma mudança de postura dos atores da comunidade internacional quanto ao enfrentamento do problema em si, na medida em que reconheceram que a problemática que envolve os refugiados demanda a proposição e efetivação de medidas concretas e alinhadas, não somente temporárias e pontuais, mas contínuas e pré-convencionadas. A partir deste momento é idealizada a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (de 1951), em 1952 é criado o Comité Intergovernamental para as Migrações Europeias e em 1954 o Fundo das Nações Unidas para Refugiados (UNREF), além desses, muitos outros instrumentos internacionais foram idealizados a fim de atender as necessidades dos refugiados, reforçando sempre, o direitos fundamentais do homem, sua liberdade, igualdade e tratamento com justiça, independentemente de raça, sexo, nacionalidade ou religião, tais quais os fundamentos postulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (Rodrigues, 2008).

### 2.3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIVISOR DE ÁGUAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO REFÚGIO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge de modo responsivo às imensuráveis atrocidades e barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Frente à um cenário devastador, os atores da comunidade internacional passaram a perceber a urgência de um arcabouço jurídico internacional que empregasse medidas efetivas à proteção do bem maior da sociedade: o ser humano. Pode-se dizer à vista disso, que os Direitos Humanos surgem naquele momento como uma das discussões mais urgentes entre a comunidade internacional (Jubilut, 2007).

Os Direitos humanos, por assim dizer, são o núcleo de direitos essenciais dos seres humanos, sendo de titularidade destes em virtude de uma construção histórica por meio da qual buscou-se assegurar a dignidade inerente ao ser humano, de semelhante modo, Hannah Arendt o define como “direitos a ter direitos”. Tais direitos essenciais são

individuais, e tem como condão a salvaguarda dos direitos mais cruciais do ser humano, seja de particular para particular, ou de particular em face do Estado (Jubilut, op. cit.).

Aduz Jubilut (op. cit.) que antes da Segunda Guerra mundial, desde o final do século XVIII, os Direitos Humanos eram positivados somente pelas ordens internas dos Estados, que obrigava a todos o respeito àqueles direitos essenciais, cabendo, neste sentido, a reivindicação daqueles que se sentiam lesados. Após a Segunda Guerra mundial, a comunidade internacional percebeu a importância de internacionalizar tais direitos a fim de que se evitasse a repetição das imensuráveis atrocidades naquele período cometidas. Deste modo, em 1945, cria-se a ONU para atuar na manutenção da Paz internacional e promover a cooperação dos Estados na defesa dos direitos humanos, é neste momento que é consumada a internacionalização dos Direitos Humanos, uma vez que os Estados assumem um compromisso internacional de os observarem.

Pode-se dizer que a internacionalização dos Direitos Humanos foi fundamental para propositura de outras discussões elementares entre a comunidade internacional, dentre elas, a questão do próprio Refúgio. Afirma-se, portanto, que a ascensão dos Direitos Humanos perante os atores internacionais deu abertura para criação de instrumentos normativos nos casos de paz, considerando-se a especificidade do conteúdo e dos sujeitos (a exemplo da a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - 1965); nos casos de conflito bélico, que é o caso do Direito Internacional Humanitário e no âmbito do Direito Internacional dos refugiados. Tem-se que esses três ramos são, em verdade, vertentes de um grande sistema de proteção à pessoa humana: O Direito Internacional dos Direitos Humanos Lato sensu (Jubilut, op. cit.).

Deste entendimento, extrai-se que o Refúgio constitui uma das faces dos Direitos Humanos, sendo, dessarte, por este juridicamente fundamentado. Neste sentido alude Aunión:

[la] figura del Refugio se considera, como un componente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha venido recogiendo aspectos fundamentales del Asilo, debido a que hasta la fecha la institución del asilo territorial no ha alcanzado una codificación convencional aceptada por todos los Estados de la Comunidad Internacional (2006, p. 21 *apud* Rodrigues, 2021, p. 107).

Pode-se dizer, portanto, que a internacionalização dos Direitos Humanos transformou o indivíduo em um sujeito do Direito Internacional, de modo que a criação desse espaço de discussão entre a comunidade internacional enfraqueceu as desculpas baseadas no conceito e soberania dos Estados, que encobriram práticas de perseguição, torturas, massacres contra minorias étnicas e opositores políticos (Amaral Júnior, 2001 *apud* Jubilut, 2007).

### 3 DAS FONTES DO DIREITO DOS REFUGIADOS

Antes de dar início ao aprofundamento no estudo do instituto do Refúgio, importa primeiro apontar as principais similaridades e diferenças entre o refúgio e asilo, isto pois, não obstante o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 tenha feito menção a ambos os institutos utilizando unicamente a palavra “asilo”, tratam-se, indiscutivelmente, de conceitos que trazem diferentes efeitos práticos no plano fático e jurídico.

#### 3.1 PONTOS DISTINTIVOS ENTRE REFÚGIO E ASILO

No que tange às similaridades, infere-se que ambos os institutos têm o âmago de proteger os indivíduos vítimas de perseguição, ademais, não guardam relação com a reciprocidade, de modo que podem ser concedidos independentemente da nacionalidade da vítima, bem como, encontram fundamento na cooperação e na solidariedade internacionais (Barreto, 2006).

Já quanto às diferenças, pode-se pontuar, em termos históricos, que o asilo data da antiguidade, sendo perceptível, conforme discorrido nesse estudo, desde os primórdios da humanidade, enquanto que o refúgio é um instituto mais recente, criado após a primeira Guerra Mundial. Outra diferença incide sobre o âmbito de aplicação, destarte, enquanto o asilo (territorial e diplomático) só comporta hipóteses de perseguição política que enseje a proteção do indivíduo, sendo praticado, acima de tudo em âmbito regional, na América-latina, o refúgio detém aplicação universal, podendo ser concedido com base em 05 fundamentos gerais: opinião política, raça, religião, nacionalidade e pertencimento a grupo social (Jubilut, op. cit.).

Ademais, tem-se que o Asilo diplomático não depende de fator de extraterritorialidade, sendo este contudo imprescindível no caso do refúgio. Enquanto o direito ao asilo é considerado “imperfeito” por viabilizar a sua solicitação, mas não a garantia de que irá recebê-lo, o refúgio se revela uma opção genérica e universal e mais abrangente, de modo que as condições para reconhecimento de refugiado são mais claras e definidas, em contraponto às do asilo, no qual a verificação de perseguição política fica a cargo do próprio Estado, o que acaba gerando certa insegurança e eventualidade (Rodrigues, 2021).

Ademais, a concessão do asilo baseia-se na perseguição em que o indivíduo está sofrendo, enquanto que o refúgio pode ser solicitado sob o bem fundado temor da perseguição, sem que esta tenha se concretizado (Rodrigues, op. cit.).

Nesta esteira, Pereira (2009) aduz que a concessão do Asilo por um Estado é constitutiva de direitos, enquanto que a atribuição do status de refugiado, quando observadas as disposições previstas na CRER, é declaratória. Uma vez que se trata de uma discricionariedade, concedendo ou não o Asilo, o Estado não será responsabilizado perante a comunidade internacional, e sequer possui o dever de empregar políticas que visem integrar o asilado ao novo local de moradia, ao contrário do que acontece no refúgio, que a partir do momento que reconhece o status de refugiado, adquire também o dever de empregar meios de sua integração na comunidade, como forma de obrigação internacional.

Cumprе ressaltar, no que diz respeito ao refúgio, a concessão do status de refugiados está relacionada às hipóteses elencadas nos instrumentos internacionais (em especial Convenção de 1951 e com o Protocolo de 1967), contudo, uma vez que esse direito é concretizado dentro dos Estado, estes têm a prerrogativa de ampliar esse rol, como bem fez o Brasil que reconheceu a grave e generalizada violação de direitos humanos como hipótese de atribuição do status de refúgio. Por fim, pode-se inferir como elementos essenciais ao refúgio: a perseguição, a extraterritorialidade e o bem fundado temor, ou justo temor (Jubilut, 2007).

### 3.2 AS FONTES INTERNACIONAIS DO DIREITO DOS REFUGIADOS

Tão importante quanto compreender a norma imediata, é entender suas origens e natureza, ocasião em que será possível compreender também os efeitos do instrumento normativo que se estuda. Deste modo, importa nesta sessão, investigar mais a fundo as fontes que regem o Direito Internacional dos Refugiados.

De plano, enfatiza-se que o Direito Internacional dos Refugiados retira sua base jurídica das fontes do Direito internacional Público, o qual, por conseguinte, será o foco deste tópico. Neste sentido, entende-se que as fontes são a origem primária do Direito, é o fundamento do qual serão retirados os direitos e obrigações concernentes a um ramo jurídico específico.

Tem-se, nesta esteira, que as fontes podem ser formais - métodos de criação de normas - bem como materiais - aquelas que provam a existência de uma norma. No âmbito do Direito internacional Público as fontes são previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, prevendo que o órgão usará as seguintes fontes de Direito Internacional Público para emitir suas decisões: as convenções internacionais, o costume, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais internacionais, a doutrina e a equidade (Andrade; Rodrigues, 2019).

Conforme aduzem Andrade e Rodrigues (op. cit.), as fontes primárias de Direito Internacional são os tratados, os costumes e os princípios gerais do direito, sendo que a

doutrina e a equidade serão utilizadas subsidiariamente. Não obstante, há de se ressaltar que, a priori, não há hierarquia entre as fontes de Direito Internacional, salvo nos casos de observação aos princípios da especialidade e da posterioridade.

Sobre essa última observação, enfatiza-se que a hierarquia se torna inflexível quando envolvidas normas *Jus Cogens*, que nada mais são do que as normas (01) já aceitas por toda a comunidade internacional, (02) que não admite derrogação e (03) que só pode ser alterada por norma de Direito Internacional geral e possua as mesmas características. Ademais, embora não tenha sido mencionado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, é pacífico que os atos unilaterais das organizações Internacionais e dos Estados, também estão inclusos no Rol de fontes do Direito Internacional Público (Andrade; Rodrigues, op. cit.).

Neste artigo, considera-se o enfoque nas convenções internacionais, uma vez que são as principais fontes do Direito Internacional público contemporâneo, sendo o meio pelo qual as normas são positivadas e concedem maior segurança jurídica no plano internacional. De acordo com Andrade e Rodrigues (op. cit.), os tratados são realizados de forma escrita e solene, sendo convencionados pelos Estados partes, que se comprometem a cumpri-lo e são vinculados às obrigações nele contidas. Deste modo, apesar de os tratados serem celebrados em âmbito internacional, também surtirão efeitos na ordem interna dos Estados partes, como é o caso do Direito dos Refugiados.

No âmbito do Direito dos Refugiados, infere-se que o divisor de águas se deu com a promulgação da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, isto porque foi nela que se estabeleceram critérios para o reconhecimento do status de refugiado, ademais, o referido instrumento determinou que a conceituação do status de refugiado fosse aplicada a todos os acordos internacionais pertinentes ao refúgio (Jubilut, 2007).

Infere-se, portanto, que mediante este documento houve a consolidação e maturação das normas internacionais de Direito dos Refugiados, uma vez que trouxe elementos jurídicos palpáveis que conferiam maior segurança jurídica acerca da temática. Dessarte, já no art. 1º da CRER observa-se a imposição de uma limitação temporal: só seriam aplicáveis os preceitos nela inscrito aos casos de refúgio cujos elementos catalisadores para busca de proteção tivessem ocorrido antes de 01 de janeiro de 1951, guardando-se, contudo, à possibilidade de posterior alteração dessa cláusula. (Jubilut, op. cit.).

Ademais, a convenção concedia a prerrogativa aos Estados Partes de definir restrições geográficas, estipulando se a aplicação se restringia a acontecimentos ocorridos no continente Europeu ou se abrangia ocorridos alhures. Outrossim, a Convenção

estabelece algumas garantias ao refugiado: determinando que os Estados deveriam aplicar as disposições da Convenção sem discriminação relativa à raça, religião ou país de origem, e que deverão conceder aos refugiados o mesmo tratamento que dão aos nacionais no que tange à liberdade de praticar sua religião e a de instrução religiosa de seus filhos. Se por um lado, contudo, concedia garantias, por outro também determinava obrigações aos refugiados, como seja, a de respeitar as leis e os regulamentos dos Estados acolhedores. Talvez a garantia mais notável, todavia, seja a concernente ao princípio do *non-refoulement* que resta previsto nos arts. 32 e 33 da Convenção em comento. (Andrade; Rodrigues, 2019).

Segundo Andrade e Rodrigues (op. cit.), tal princípio veda que os Estados acolhedores expulsem o refugiado para a fronteira dos territórios em que sua vida e liberdade estejam sendo ameaçadas, salvo nos hipótese de ordem pública e segurança nacional, caso em que será concedido ao refugiado o prazo razoável para buscar acolhimento por outro país. Os arts. 12 e 29 reservam também aos refugiados o direito à: propriedade, educação, habitação, ao exercício de profissão, à educação, tais como outros fundamentais. A Convenção de 1951 enfatizou o caráter apolítico e humanitário do refúgio, reforçando que o refúgio não deveria ser causa de tensão entre os Estados.

Conforme mencionado há pouco, a Convenção de 1951, em seu primeiro momento tinha como objetivo tutelar apenas aos casos de refúgio cujos elementos catalisadores para busca de proteção tivessem ocorrido antes de 01 de janeiro de 1951, contudo, após a sua promulgação um novo contingente de refugiados começou a surgir no continente Africano e Asiático, o que levou a ACNUR a iniciar uma reforma no referido diploma, viabilizando, assim, celebração do Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967, tal documento vem, por conseguinte, como um adicional à Convenção de 1951, rompendo com a restrição temporal nela prevista (Silva Júnior, 2017).

Em 1984, a ACNUR realizou o encontro de 10 Estados-Latino, na cidade de Cartagena das Índias, para debaterem sobre o grande fluxo de refugiados advindos da América Central, este encontro levou à criação da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que, em plano regional, inovou ao ampliar o conceito de refugiado, admitindo a “violação maciça de direitos humanos” como hipótese para o reconhecimento do status de refúgio (Silva Júnior, op. cit.).

Desta forma, a Declaração de Cartagena recomenda aos Estados que considerem refugiados não só os indivíduos que fugiram de ameaças nos termos da Convenção de 1951, mas também aqueles que tiveram sua vida ou integridade física ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou quaisquer outras circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública. (Silva Júnior, 2017)

Mais adiante, em 1994, dá-se a promulgação da Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, em face às gradativas complicações da situação socioeconômica em diversos Estados, buscando, por meio deste instrumento proteger em especial os Refugiados e deslocados internos. Já em 2004 é editado o Plano de Ação do México, que apesar de ser mera declaração e não gerar vinculações aos Estados, exprimia o interesse dos atores internacionais da América Latina em ampliarem a proteção aos refugiados e reconhecerem tais direitos como fundamentais do ser humano (Silva Júnior, op. cit.).

### 3.3 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme exposto preteritamente neste artigo, com vistas a tomar as rédeas sobre a crise dos refugiados, intensificada após o fim da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional criou o ACNUR (o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), juntamente à Convenção relativa aos Estatutos do Refugiados de 1951. Ressalta-se que, em virtude da presença da cláusula de limitação geográfica na Convenção de 1951, apenas os refugiados provenientes da Europa tinham direito de reconhecimento do Status de refugiados (Francioni, 2022).

Contudo, com a ocorrência de outras tragédias, apenas as disposições contidas na Convenção de 1951 não supriam as novas problemáticas relativas ao refúgio, sobretudo no que diz respeito às limitações temporais e geográficas, neste sentido, os Estados decidiram editar o protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados, que retirava as limitações temporais e geográficas e ampliava o conceito de refugiado (Francioni, op. cit.).

Contudo, embora sendo signatário do Protocolo de 1967, com a instalação da ditadura militar no Brasil (1964-1985), o país manteve a cláusula de limitações geográficas e passou a preferir conceder o Asilo e não o reconhecimento de refúgio para os perseguidos não europeus. O objetivo do governo brasileiro, que naquela época era de exceção e ditatorial, era evitar que os refugiados entrassem no Brasil, pois neste momento histórico, a América Latina passava por uma onda de regimes autoritários que acabou por originar um grande contingente de refugiados (Jubilut; Kosiak. Silva, 2023).

Em 1977 o ACNUR fundou suas bases no Brasil, estabelecendo, de início, o seu escritório no Rio de Janeiro, com o principal objetivo de auxiliar no acolhimento dos refugiados latino-americanos. Contudo, em um contexto de enfraquecimento democrático do país, ACNUR não foi reconhecido oficialmente pelo governo Brasileiro como um órgão de Organização Internacional, o que dificultava suas ações em prol dos refugiados (Jubilut; Kosiak; Silva, op. cit.).

Em vistas do regime de exceção que se instalara na América do Sul, o papel do ACNUR era de acompanhar as movimentações dos refugiados. Neste momento, a atuação da Igreja católica foi fundamental na proteção dos brasileiros, ajudando-os a saírem do Brasil para se refugiarem em outros países. Frise-se também o papel importantíssimo do Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e de São Paulo, que desde 1975 ajudavam argentinos, chilenos e uruguaios a encontrarem o acolhimento necessário no Brasil (Barreto, 2010).

Dessarte, apenas em 1982 houve a recepção oficial do ACNUR pelo governo brasileiro e a respectiva concessão dos privilégios e imunidades concedidas às organizações internacionais, nesta esteira nesse mesmo ano o escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados foi transferido do Rio de Janeiro para Brasília, o que possibilitou o estreitamento da relação do órgão internacional com o Governo Brasileiro (Jubilut; Kosiak; Silva, op. cit.).

Ademais, com a redemocratização do Brasil em 1986, a Declaração de Cartagena, de 1984, passou a ser aplicada pelo país. Tal instrumento regional de proteção teve importante papel no tratamento dos refugiados da América Latina, uma vez que amplia o conceito de refugiado designado pela Convenção de 1951 e aponta estratégias e ideias inovadoras de como tratar a imigração forçada (Barreto, 2010).

Com o processo de redemocratização no país, um fluxo maior de refugiados se dirige ao Brasil no início dos anos 1980. Chegam ao país milhares de angolanos em razão da guerra civil em Angola. Em 1982, a presença do Acnur foi oficialmente aceita no país. Porém, como o Brasil, ao aderir à Convenção de 1951, assumiu o dispositivo da reserva geográfica, considerava como refugiados apenas os refugiados europeus. O Acnur, então, inicia diálogo com o governo brasileiro no sentido de buscar a suspensão dessa reserva geográfica, permitindo que todos os refugiados de qualquer parte do mundo fossem assim recebidos (Barreto, 2010, p. 18).

Outrossim, em 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que com bases democráticas, que estabeleceu o princípio da 'Dignidade da Pessoa Humana' como sendo o fundamento da nova ordem política que se instaurava, bem como o dever de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Jubilut; Kosiak. Silva, 2023).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana [...] (Brasil, 1988, art. 1º, inc. III).



Na década de 90, iniciou-se os esforços do governo brasileiro em regularizar efetivamente a situação do refúgio no Brasil, objetivando-se criar um mecanismo otimizado e de distribuição de responsabilidades para o cuidado dos refugiados. Nesta toada, o então presidente da República Federativa do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, enviou ao Congresso nacional um projeto de lei que tratava especificamente da questão do refúgio no Brasil. Com a colaboração técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, foi aprovada a lei nº Lei 9.474 de 1997 (Lei de Refúgio) que visa implementar no Brasil as previsões dispostas no Estatuto dos Refugiados de 1951 (Francioni, 2022).

Houve também, mediante o referido instrumento, a criação do Comitê Nacional dos Refugiados (CONARE), órgão designado pelo governo pátrio para atuar na causa dos refugiados. O CONARE é formado por representantes do Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério da Justiça (MJ), do trabalho, da saúde, educação, desporto, do Departamento da Polícia Federal e das Organizações não Governamentais (ONG's) que tem seu trabalho amplamente reconhecido no Brasil em prol dos refugiados (Francioni, op. cit.).

A maior novidade desse órgão é que ele é misto, é público-privado, e dele participam vários segmentos de governo que, já naquele primeiro momento embrionário, sentavam à mesa para discutir os aspectos de integração social e laboral, de saúde, do diploma e do estudo no Brasil. A lei prevê ainda que desse órgão também participam a ONU, através do Acnur, e a sociedade civil, por meio da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e da Cáritas de São Paulo, compondo-se de um órgão tripartite: governo, sociedade civil e Nações Unidas (Barreto, 2010, p. 19).

O ACNUR participa também do CONARE, mas somente tem direito a voz, concedendo opiniões, e não a voto, vez que o reconhecimento do status de refugiado compete exclusivamente ao Governo pátrio. Ademais, nos termos do artigo 12, V da Lei 9.474, o CONARE tem competência para aprovar Resoluções Normativas que tenham esclarecimento acerca das diretrizes empregadas com base na Convenção de 1951, as quais possuem papel importantíssimo nas políticas públicas relativas aos refugiados no Brasil, desde sua recepção, acolhimento e integração na sociedade (Francioni, 2022).

Além da Lei 9.474 de 1997 (Lei de Refúgio), outros importantes diplomas acerca da temática foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, a saber, a Lei 13.445 de 2017 (lei de migração), a Lei 13.684 de 2018 (lei de medidas de assistência social para acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório), e a Lei 13.979 de 2020, para enfrentamento de emergência de saúde pública decorrente dos casos de coronavírus (Francioni, op. cit.).

### 3.3.1 Dos impactos da Lei 9.474 de 1997 (Lei de Refúgio)

O art. 1º da Lei nº 9474 de 1997 dispõe acerca do conceito de refugiado adotado pelo Brasil. A partir de uma análise sistemática, infere-se que foi retirado diretamente da Convenção de 1951, contudo não por ela limitado, já que ampliou as hipóteses de reconhecimento da condição de refugiado no inciso III, adicionando-se a “grave e generalizada violação de direitos humanos” ao rol de hipóteses. Tal ampliação tem origem no contexto regional dos continentes africanos e latino-americano, bem como da Declaração de Cartagena de 1984 (Barreto, 2010).

Pode-se dizer que o Brasil ganhou notoriedade em matéria de refúgio ao promulgar o diploma em comento, pois, diferentemente da grande parcela dos demais Estados, editou uma norma exclusiva para tratar da questão o refúgio, o que permite maior especificidade e adequação da norma às necessidades reais dos refugiados (Jubilut, 2007).

Nessa esteira, o art. 7, caput da lei em comento concede ao estrangeiro a prerrogativa de solicitar o reconhecimento do status de refugiado a qualquer autoridade migratória. Já o art. 8º veda o impedimento e solicitação de reconhecimento de refúgio em razão de ingresso irregular no território nacional, tal instrumento é de grande precisão, uma vez que, em termos práticos, conseguir entrar regularmente no país é bem difícil em vista das barreiras em obter vistos ou passaporte nos países de origem (Jubilut, op. cit.).

Aduz Jubilut (op. cit.), que a Lei nº 9474 de 1997 foi a responsável não só por instituir o CONARE, como por designar suas funções e prerrogativas. Quanto o último feito, tem-se que possui competência para estabelecer em primeira instância, o reconhecimento ou não do status do refugiado, além de possuir uma composição variada de atores, contando com representantes de órgãos governamentais, ONGS e do ACNUR, tal diversidade tem se mostrado sobretudo importante para os refugiados pois possibilita um trabalho interdisciplinar governamental, viabilizando a troca de informações entre os órgãos e trazendo um cuidado mais específico no atendimento às suas necessidades. Ao CONARE também cabe a expedição de Resoluções Normativas, importantíssimas para viabilização dos direitos dos refugiados. Tem-se, deste modo, que o CONARE foi uma das criações mais celebradas da Lei nº 9474 de 1997.

Existem ainda as hipóteses de exclusão da concessão de refúgio, tais cláusulas eliminam a possibilidade do reconhecimento de refúgio, de tal nível que, embora, o indivíduo possua os requisitos para ser reconhecido como refugiado estará impedido legalmente por este artigo. São as hipóteses de exclusão do refúgio (Brasil, 1997):

Art. 3.º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I – já desfrutam de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituição das Nações Unidas que não o Alto

Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR; II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionadas com a condição de nacional brasileiro; III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas (Brasil, 1997, cap. I, art.3º).

Ainda nos termos da Lei nº 9474 de 1997, enquanto o processo para a concessão do refúgio estiver em trâmite, é vedada a extradição do refugiado e do solicitante do refúgio, ademais as únicas hipóteses de expulsão do refugiado se darão nos casos de segurança nacional e ordem pública, observando-se o cuidado para que não seja retirado para país em que sua vida, liberdade ou integridade física estejam em risco. Outrossim, os arts. 38 e 39 do diploma em comento preveem a possibilidade da cessação e da perda da condição de refugiado, de modo geral, esses dois casos se diferem, pois, a cessação se dá em virtude do refugiado não se sentir mais perseguido ou ameaçado no país em que residia/ de origem ou ao adquirir outra nacionalidade que lhe providencie segurança. Já por outro lado, a perda se dá por renúncia ou como forma de punição pela inobservância, por parte do refugiado, de alguma norma imposta pelo ordenamento jurídico pátrio (Brasil, 1997).

Tanto no caso do indeferimento da concessão de refúgio, quanto em relação à decisão que determina a cessação ou perda da condição de refugiado, cabe recurso ao ministro da justiça, no prazo de 15 dias contados do recebimento da notificação. Neste sentido, tem-se que o CONARE decide em primeira instância acerca da concessão, cessação ou perda da condição de refugiado, enquanto que o Ministro da Justiça decide tais questões em grau de recurso. Cessado ou perdido definitivamente o status de refugiado, esta pessoa será incorporada ao regime geral de permanência de estrangeiros no território nacional (Brasil, op. cit.).

Não há dúvidas, por conseguinte, de que a Lei nº 9474 de 1997 representa expressivo avanço para a proteção dos Refugiados, trazendo grandes inovações com criação do CONARE, uma vez que estabeleceu um sistema efetivo e otimizado para melhor viabilização dos direitos dos refugiados e suprimentos de suas necessidades, além de expandir as hipóteses da concessão de refúgio.

Contudo, ainda se pode apontar alguns lapsos referentes ao supracitado instrumento, dentre eles: a ausência de previsão de direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que optou por seguir à risca a Convenção de 1951, não inovando na temática.

Entende-se que essa lacuna poderá representar um imbróglio para os refugiados, uma vez que se houver mudanças futuras na legislação de proteção internacional dos refugiados, e conseqüentemente, a revogação da Convenção de 1951, os refugiados estariam desprotegidos e vulneráveis no lapso de tempo necessário para recepção da nova norma internacional, uma vez que não há previsão legislativa complementar que protejam os refugiados nos seus aspectos mais fundamentais, como a vida, segurança e liberdade (Jubilut, 2007).

Outra barreira encontrada pela Lei nº 9474 de 1997 é a ausência de previsão de possibilidade de acesso ao judiciário quando da solicitação de refúgio. Neste sentido, apesar da Constituição Federal de 1988 prever a atuação do judiciário como um todo, na maioria dos casos, os solicitantes de refúgio e os refugiados não possuem o conhecimento dos direitos e deveres processuais pátrios, de modo que a ausência de previsão expressa acaba por causar uma barreira no reconhecimento de seus direitos e respectivos remédios para os defenderem quando os tiverem violados. Ademais, a previsão expressa da garantia de acesso ao judiciário poderá significar no aumento do deferimento das solicitações de concessão do refúgio, o que além de beneficiar os refugiados, beneficiaria a própria ação do judiciário neste âmbito, pois as decisões judiciais auxiliaram no refinamento e aperfeiçoamento do entendimento jurisprudencial, trazendo maior uniformidade e justiça aos casos concretos (Jubilut, op. cit).

### 3.3.2 O papel do Brasil na proteção dos refugiados em meio à Comunidade Internacional

Pode-se dizer que o Brasil sempre foi o pioneiro em incentivar e proteger, em plano regional, a causa dos refugiados, tornando-se o primeiro país do Cone-sul a ratificar a Convenção de 1951. Os números não negam a ampla atuação do País na causa dos refugiados, neste sentido, os resultados da gestão de 2023 do CONARE apontam que só no ano de 2023 foram analisados cerca de 140.000 (cento e quarenta mil) pedidos, cerca de 200% a mais do que no ano de 2022, quando analisados cerca de 42 (quarenta e dois mil) pedidos pela instituição (Brasil, 2024).

Ademais, no ano de 2022, o CONARE apreciou o total de 41.297 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, dentre as quais reconheceu 5.795 como refugiados no Brasil (Silva G. *et al.*, 2023).

Assim, o Brasil se tornou referência entre a comunidade internacional no âmbito do acolhimento ao refugiado, pois além de dispor de uma legislação específica para temática, elaborou um sistema de atendimento e acolhimento funcional e especializado quando da criação do CONARE.

Outro ponto a ser destacado é a diversidade de nacionalidades solicitantes do status de refugiado no Brasil, de maneira que no ano de 2022 o País recebeu solicitação de 139

diferentes nacionalidades. Nesta esteira, ao final de 2022, o Brasil já havia reconhecido, oficialmente, mais de 65.840 pessoas em situação de refúgio (Silva G. *et al.*, 2023).

Hoje no Brasil, a comunidade de refugiados mais expressiva é a dos irmãos venezuelanos, somam-se mais de 500 mil refugiados e migrantes advindos da Venezuela, sobretudo devido ao atual contexto político e socioeconômico do país, o que fez com que o CONARE reconhecesse formalmente, no dia 14 de junho de 2019, a situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela, o que conseqüentemente, permitiu o reconhecimento *prima facie* e em bloco da condição de refugiado (Martinez-Monge, 2022).

No que diz respeito a esse processo de reconhecimento *prima facie* alude Francioni (2022, p. 4) "Este entendimento foi aplicado a 93,7% do total de processos deferidos pelo CONARE entre 2011 e 2020. Os refugiados venezuelanos correspondiam a 92,8% das pessoas reconhecidas como refugiadas com base nesta fundamentação.

Por conseguinte, em face ao grande contingente de refugiados Venezuelanos que obtiveram o reconhecimento da condição de refugiado por parte do Brasil, a seguinte e última parte deste artigo se prestará a realizar uma análise acerca do posicionamento do governo brasileiro, buscando entender que providências que tomou para realizar o acolhimento dos refugiados, em que acertou e no que também falhou, a fim de que se possa verificar o verdadeiro grau de aplicabilidade e efetividade dos instrumentos de proteção aos refugiados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4 OS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL**

A última década foi berço de um cenário crítico para a Venezuela, sobretudo quando analisados os o aspecto político e socioeconômico do país. Observa-se, que tais efeitos se enraízam em uma série de fatores, cite-se em especial, a instabilidade econômica e uma gestação pouco intuitiva. Neste sentido, vê-se desenrolar no país latino-americano uma série de complicações econômicas, a alta da inflação e a desvalorização da moeda nacional, fazendo assim com que grande parte dos irmãos latino-americanos sofressem com a escassez de insumos básicos para sua sobrevivência, uma vez, além de serem inacessíveis à camadas mais afetadas pela pobreza, não havia recursos financeiros suficientes para importar esses insumos (Carvalho, 2020).

Em vista deste triste cenário, a partir de 2014, milhões de refugiados saíram da Venezuela à procura de refúgio nos países vizinhos sob o anseio de serem livres das violações de Direitos Humanos que sofriam e procurando as condições necessárias para viverem com dignidade (Carvalho, *op. cit.*).

Nesta ótica, o Brasil tem papel fundamental no acolhimento dos refugiados venezuelanos, haja vista integrar o quadro de signatários de convenções internacionais que prestigiam a proteção dos Direitos Humanos, em especial as referentes à proteção e manutenção ao Direito dos Refugiados, a saber, em âmbito mundial: a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 e em plano regional, a Declaração de Cartagena de 1984 (Jubilut, 2007).

#### 4.1 DOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO BRASIL NO ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS

A opção dos venezuelanos pela busca do refúgio brasileiro estaria pautada especialmente em fatores como: a proximidade geográfica com seu país, o elevado índice de reconhecimento da condição de refugiado, pela familiaridade cultural, e - na visão de alguns estudiosos - pelo não reconhecimento de situação de refúgio pelos países que já haviam aplicado. Observa-se de igual modo, que as migrações forçadas venezuelanas se elevaram ao patamar de êxodo e diáspora, que se caracteriza pelo direcionamento constante de um povo para determinado local (Coelho; Almeida, 2023).

O fluxo contínuo de refugiados da Venezuela teve marco inicial no ano de 2014, passando se intensificar com o tempo, de modo que até agosto de 2019 já havia 62.841 refugiados venezuelanos em Roraima. Infere-se que as duas principais cidades de Roraima a recepcionarem os refugiados foram Pacaraima (que faz fronteira com a cidade venezuelana Santa Elena, tornando-se porta de entrada para os refugiados) e Boa Vista, capital de Roraima, que por dispor de melhores condições de infraestrutura pôde receber maior número de pessoas (Souza, 2023).

Contudo, conforme aponta Souza (op.cit.), ambas as referidas cidades sofrem de maciça precariedade em diversas áreas de prestação do serviço público, isto pois, a segurança pública está abaixo da média, o sistema de saúde se encontra defasado e não possui leitos suficientes, apresenta baixa qualidade sanitária e alta no índice de desemprego. Com a crescente chegada dos refugiados nas cidades de Roraima, o Estado passou a sentir a intensificação dos problemas que já tinha originalmente, ademais, viu se elevar o índice de discurso de ódio e falas xenofóbicas.

Neste cenário, a então governadora do Estado de Roraima solicitou ao STF que fechasse as fronteiras, a fim de impedir o acesso dos refugiados venezuelanos ao território brasileiro, contudo tal pedido foi negado pela Corte Suprema. Tal impasse moveu o Governo Federal a editar uma Medida Provisória - MP 820-2018 - bem como o Decreto nº 9.285 (reconhecendo a situação de vulnerabilidade dos irmãos recepcionados) e nº 9.286 (cria um comitê referente ao acolhimento dos refugiados). A referida Medida provisória foi convertida na Lei nº 13.684 de 21 de junho de 2018, O supracitado dispositivo versa sobre

o tratamento emergencial às pessoas em situação de vulnerabilidade ocasionadas por crises humanitárias (Souza, op. cit.).

Objetivando efetivar as medidas previstas nos referidos diplomas, o governo brasileiro instituiu a Operação Acolhida, que através das forças-armadas, e com o auxílio de uma diversidade de ministérios e organizações, dentre elas a ONU e as sociedades civis, foi dividida em três eixos: o ordenamento da fronteira (recepção dos refugiados e regularização da migração), o acolhimento dos refugiados (realizado nos 13 abrigos instituídos, concedendo alimento, teto e acesso à saúde) e a interiorização, que objetiva transferir os refugiados para outras cidades brasileiras, a fim de aliviar a sobrecarga no Estado de Roraima e integrar o refugiado em uma comunidade que lhe conceda a estrutura necessária (Souza, op. cit.).

A Operação Acolhida possui posto de identificação, onde é realizada a recepção, orientação, identificação, controle e vacinação, regularização migratória das crianças; núcleo de saúde, que faz o atendimento médico, e se for necessário o isolamento de doentes; alojamento de trânsito BV8, que oferece o alojamento temporário, para quem ainda não finalizou sua regularização migratória ou aguarda vaga para abrigo em Boa Vista ou mesmo, esteja aguardando ser interiorizado em alguma cidade brasileira. Como também, possui o abrigo indígena Janakoida, espaço voltado para os indígenas em contexto de vulnerabilidade. E por último, possui o posto de interiorização e triagem, no qual é feito o cadastramento, regularização migratória, atendimento social e etc. para que os venezuelanos possam participar do processo de interiorização (Coelho; Almeida, 2023, p. 78).

Todavia, na prática a Operação Acolhida não se sucedeu de modo a efetivamente suprir as necessidades dos refugiados. Observa-se, neste íterim, que as medidas empregadas foram insuficientes para concretizar a premissa do 2º eixo, qual seja, o acolhimento dos refugiados venezuelanos, pois mesmo já presentes nos abrigos, muitos refugiados foram privados ao acesso à moradia, trabalho, alimentação, saúde e educação, devido à enormes quantidades de pessoas em face ao emprego de uma infraestrutura mínima idealizada pelo governo brasileiro (Carvalho, 2020).

As negligências se mostraram ainda mais intensas quando analisada a situação enfrentada pelos refugiados indígenas venezuelanos, que não tinham o acesso adequado à saúde e sofriam com insuficiência de alimentos em seus abrigos. Em um dos casos, a Comissão Seccional de Direitos Humanos da OAB - PI teve de intervir e levar a violação de

direitos ao Ministério Público. A advogada Jéssica Lima Rocha, ao conceder uma entrevista ao jornal local relatou que as cestas básicas que o abrigo recebe não supria a necessidade dos indígenas venezuelanos, ademais narrou que o abrigo carecia de um serviço de saúde contínuo para os idosos e para as crianças, e que em um dos casos, um idoso cardiopata veio a falecer pela carência de acompanhamento médico adequado (OAB-PI [...], 2021).

Outrossim, observa-se que o governo brasileiro falha no dever de integração social, visto que mesmo após a devida interiorização, os refugiados continuam a sofrer discriminação pelos nacionais, têm dificuldade de acesso à educação pública, ao sistema de saúde, à moradia e ao emprego, sendo, contudo, estas necessidades básicas para que o ser humano alcance o bem estar mínimo e possa viver de forma digna (Carvalho, op. cit.).

Constata-se, portanto, que as políticas públicas empregadas para proteção dos refugiados se concentraram primordialmente, no acolhimento de fronteira, ignorando a continuidade da existência dos refugiados venezuelanos no país. Ademais, infere-se que essa omissão por parte do país acolhedor somente censura a população refugiada, e perpetua esse tratamento com o passar dos anos.

Dessarte, no que tange à dificuldade de acesso ao mercado de trabalho pelos refugiados venezuelanos, tem-se como principais motivações: 1) a demora na obtenção de documentos necessários, 2) a barreira em comprovar as experiências profissionais do país de origem e 3) a burocracia na validação dos diplomas estrangeiros, pois essa avaliação só pode ser realizada pelas Universidades Públicas, no entanto, a sobrecarga dos pedidos acaba gerando a mora nas solicitações, e como consequência muitos refugiados decidem laborar em cargos inferiores à sua qualificação. Ademais, a 4) xenofobia e a 5) dificuldade em falar a língua portuguesa que os tornam menos aceitáveis nas vagas de emprego, e os coloca em situação de vulnerabilidade, uma vez que não conseguem argumentar em defesa seus direitos quando estes violados (Silva F.; Pessoa, 2023).

Quanto à população abrigada em Roraima, o estudo aponta que a situação ainda é mais crítica, visto que o rendimento mensal principal da população venezuelana com faixa etária de 18 ou mais anos é R\$ 594, quase metade do salário mínimo vigente em 2021 no Brasil. As mulheres são remuneradas com R\$ 549,5 e os homens com R\$ 628 (Mendes *et al.*, 2023, p. 237)

No quesito social, tem-se que os refugiados venezuelanos ainda são vítimas de falas de ódio e xenofobia por parte dos nacionais, sob o o errôneo argumento de que o acolhimento dos venezuelanos significaria uma ameaça à ordem econômica, à segurança pública, à saúde dos nacionais, e às suas vagas de emprego. Ademais, infere-se que a barreira da língua portuguesa se torna um impedimento significativo para que os



refugiados consigam se integrar com efetividade na sociedade brasileira (Silva F.; Pessoa, op. cit.).

Nesta ótica observa-se a falta de implementação de políticas públicas de conscientização dos nacionais em relação às dificuldades enfrentadas pelos refugiados. Ademais, observou-se surgir uma onda de discursos de culpabilização dos migrantes por parte dos próprios representantes políticos locais, o que, logo, se solidificou na mente da população brasileira, que passou a enxergar os refugiados venezuelanos como verdadeiros vilões da história, olvidando-se que a escassez de recursos na verdade é um reflexo da gestão política de seus representantes, e não do povo, e sequer dos mais vulneráveis (Quinelato; Moreira, Welch, 2023).

[...] construção política da narrativa de culpabilização dos migrantes sobre os prejuízos causados a uma população local pode ser observada, por exemplo, no caso da imigração venezuelana para o Brasil, através do estado de Roraima. Segundo esses autores, essa invenção "nociva" (p. 64), fortalecida pelas manifestações discriminatórias dos discursos oficiais, ecoou nos cidadãos de Roraima e legitimou a isenção de responsabilidade dos governantes sobre o atendimento das necessidades dos imigrantes recém-chegados (Quinelato; Moreira, Welch, 2023, p. 3-4).

Ademais, Neto, Oliveira e Egrý (2023) fazem menção à ausência de um comportamento uniforme dos Entes Federativos frente à crise dos refugiados, assim sendo, enquanto o Governo Federal expressava o seu interesse em acolher e promover os direitos dos refugiados, os representantes Estaduais e Municipais se mostravam neutros, e às vezes, contrários à execução dessas garantias. Denota-se, nesse sentido, que a falta de unanimidade nacional no emprego de políticas públicas foi e continua sendo um dos elementos determinantes para o fracasso na efetiva proteção dos refugiados venezuelanos.

No que tange ao plano educacional, constata-se que os venezuelanos têm maiores probabilidades de serem matriculados em séries inferiores quando comparado aos brasileiros, além de terem mais chances de frequentar escolas superlotadas (Integração [...], 2021).

Assim sendo, resta claro que o País acolhedor ainda enfrenta muitos obstáculos em fornecer uma proteção individual, e que, na maior parte dos casos, corresponda a um mínimo necessário à que o refugiado se sinta efetivamente seguro e amparado. Neste contexto, observa-se o a dificuldade na integração socioeconômica dos refugiados venezuelanos, perpetrando, assim, as violações de direitos que hoje enfrentam em solo brasileiro. Neste contexto, aduz Carvalho:

A falta de acesso aos direitos básicos pelos refugiados se relaciona a privação de liberdades e de oportunidades, que subtrai da pessoa a liberdade de viver dignamente, de realizar aquilo que valoriza. (SEN, 2010, p.58). A ausência de políticas migratórias de integração socioeconômica desses refugiados no Brasil se relaciona com a teoria de Noam Chomsky, quando afirma que são considerados Estados fracassados aqueles países que não têm capacidade de proteger seus cidadãos da violência, da destruição, e que se consideram fora do alcance das leis nacionais e internacionais (2020, p. 8).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo o exposto, não restam dúvidas que a atuação do Direito Internacional Público foi primordial para a unificação e consolidação da proteção aos refugiados perante os Estados, e que a ascensão dos Direitos Humanos como uma das principais pautas internacionais foi fundamental para o destaque da temática perante a comunidade internacional.

Ademais, constatou-se que o Brasil tem exercido papel basilar no acolhimento dos irmãos refugiados, e que no cenário internacional, tem atuado ferrenhamente na defesa e fomento dos direitos dos refugiados, sobretudo por integrar o quadro de signatários da Convenção de 1951, do Protocolo de 1967 bem como da Declaração de Cartagena de 1984. Entretanto, constata-se sua dificuldade em implementar de forma sólida e efetiva esses direitos na ordem interna, mormente no que tange ao cumprimento de sua obrigação internacional, a saber, a de integração do refugiado na sociedade brasileira.

Deste modo, a partir da presente pesquisa, observou-se que dentre os três eixos estabelecidos pela Operação Acolhida - o ordenamento da fronteira, o acolhimento dos refugiados e a interiorização do refugiado - foi mais bem sucedido no primeiro, sendo que a segunda e terceira etapa do plano restaram prejudicadas em função da carência de investimento em políticas públicas de infraestrutura adequadas, bem como pela inexistência de uniformidade das políticas públicas entre os Entes Federados. Tais negligências geraram e têm gerado impactos negativos na vida dos refugiados venezuelanos, na esfera social, econômica, educacional, no acesso à saúde e à educação.

Por fim, observados os resultados apresentados, acredita-se na significativa pertinência da elaboração de futuros estudos que visem a investigação de medidas práticas que auxiliem na erradicação da xenofobia contra os refugiados, bem como na inclusão dos refugiados no mercado de trabalho, haja vista essas tenham sido identificadas as mais persistentes e presentes dificuldades enfrentadas pelos refugiados venezuelanos hodiernamente.

## REFERÊNCIAS

ALESHKOVSKI, Ivan A.; BOTCHAROVA, Zoya S.; GREBENYUK, Alexander. The evolution of the international protection of refugees between the World Wars. **Social Evolution and History**, v. 20, n. 1, p. 109-132, 2021. Disponível em: [https://www.sociostudies.org/upload/socionauki.ru/journal/seh/2021\\_2/005\\_Aleshkovski.pdf](https://www.sociostudies.org/upload/socionauki.ru/journal/seh/2021_2/005_Aleshkovski.pdf). Acesso em: 29 fev. 2024.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARRETO, Luíz Paulo Teles Ferreira. Das diferenças entre os Institutos Jurídicos do Asilo e do Refúgio. **Instituto Migrações e Direitos Humanos**, 2006. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/refugiados-e-refugiadas/das-diferencas-entre-os-institutos-juridicos-do-asilo-e-do-refugio/#:~:text=Uma%20diferen%C3%A7a%20pr%C3%A1tica%20que%20se,persegui%C3%A7%C3%A3o%20tem%20aspecto%20mais%20generalizado>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Thomas Nelson Brasil. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vida Melhor LTDA, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 mar. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, [1997]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **CONARE/MJSP destaca aumento de 200% no número de casos analisados de pedido de refúgio em 2023**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 20 fev. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/conare-mjsp-destaca-aumento-de-200-no-numero-de-casos-analisados-de-pedido-de-refugio-em-2023#:~:text=Entre%20as%20principais%20realiza%C3%A7%C3%B5es%20do,mais%20de%2055%25%20dos%20pedidos>. Acesso em: 05 mar. 2024.

CARVALHO, Arielle Arry. Análise da atuação do Estado brasileiro na garantia do patamar mínimo civilizatório aos refugiados venezuelanos no contexto da Operação Acolhida.

**Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 10, p. 81729-81741, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/18818>. Acesso em: 02 fev. 2024.

COELHO, Ana Carla Mendes; ALMEIDA, Flávio Aparecido de. (org.). **Direitos humanos e sociedade: reconstruções, reflexões e narrativas em pesquisa**. 1. ed. Guarujá, SP: Editora Científica Digital, 2023.

FRANCIONI, Filipe Zappala Massi de Oliveira. Refugiados, o advento e a evolução da legislação brasileira. **Epitaya E-books**, v. 1, n. 12, p. 265-278, 2022. Disponível em: <https://portal.epitaya.com.br/index.php/ebooks/article/view/523>. Acesso em: 16 fev. 2024.

INTEGRAÇÃO de venezuelanos refugiados e migrantes no Brasil. **ACNUR**, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/05/5-pages-Integration-of-Venezuelan-Refugees-and-Migrants-in-Brazil-pt.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2024.

JAEGER, Gilbert. On the history of the international protection of refugees. **International Review of the Red Cross**, v. 83, n. 843, p. 727-738, 2001. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/abs/on-the-history-of-the-international-protection-of-refugees/D91E3EF151CAD41829408ADE8FBD827>. Acesso em: 28 fev. 2024.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

JUBILUT, Líliliana Lyra; SILVA, João Carlos Jarochinski; KOSIAC, Ana Carolina Contin. Panorama histórico do Direito Internacional dos Refugiados no Brasil no marco dos 25 anos da Lei 9.474/97. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, v. 15, n. 30, p. 367-412, 2023. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/15211>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MARTINEZ-MONGE, Frederico. No 25º aniversário da lei de proteção aos refugiados, ACNUR saúda solidariedade do Brasil. **ACNUR**, 2022. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/07/22/no-25o-aniversario-da-lei-de-protecao-aos-refugiados-acnur-sauda-solidariedade-do-brasil/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MENDES, Cláudia Polliana Silva; SANTOS, Maricelma Alves dos; BRITO, Marcelo; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. Os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil. **Revista do Ministério Público Militar**, v. 50, n. 41, p. 219-248, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/371>. Acesso em: 28 fev. 2024.

NETO, Aristides Sampaio Cavalcante; OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos; EGRY, Emiko Yoshikawa. Vulnerabilidade dos migrantes venezuelanos residentes em Boa Vista, Roraima. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 57, p. e20230074, 2023.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/reeusp/a/hsp4C3Hw7vmYLMgTmGCxmzc/?lang=pt&format=pdf>.

Acesso em: 02 fev. 2024.

OAB-PI denuncia insalubridade de abrigos que acolhem venezuelanos em Teresina. **G1 Globo**, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/11/21/oab-pi-denuncia-insalubridade-de-abrigos-que-acolhem-venezuelanos-em-teresina.ghtml>.

Acesso em: 28 fev. 2024.

PACHIONI, Miguel; BELTRAME, Vanessa. Deslocamento forçado atinge novo recorde em 2022, e ACNUR pede ação conjunta. **As Nações Unidas no Brasil**, 2023. Disponível em:

<https://brasil.un.org/pt-br/237141-deslocamento-for%C3%A7ado-atinge-novo-recorde-em-2022-e-acnur-pede-a%C3%A7%C3%A3o-conjunta>. Acesso em: 27 fev. 2024.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito "refugiado ambiental"**. 2009. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

Disponível em: [https://bib.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraLD\\_1.pdf](https://bib.pucminas.br/teses/Direito_PereiraLD_1.pdf). Acesso em 01 fev. 2024.

QUINELATO, Fernanda de Souza; MOREIRA, Adriano de Lavor; WELCH, James Robert. As experiências de xenofobia e saúde entre imigrantes venezuelanos refugiados nas reportagens jornalísticas no Brasil. **Ideias**, v. 14, p. e023026-e023026, 2023.

RODRIGUES, José Noronha. A história do direito de asilo no Direito Internacional. **Centro de Estudos de Economia Aplicada do Atlântico**, n. 18, 2006. Disponível em:

<https://repositorio.uac.pt/handle/10400.3/1151>. Acesso em: 10 fev. 2024.

RODRIGUES, José Noronha. Asilo, refúgio e outras formas de proteção internacional: relacionamento e diferenças conceituais. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 4, n. 1, p. 68-119, 2021. Disponível em:

<https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/41667>. Acesso em: 28 fev. 2024.

RODRIGUES, José Noronha; ANDRADE, Ana Beatriz Medeiros. Instituto humanitário transversal da história da humanidade. **Iuris Tantum**, v. 33, n. 29, p. 253-298, 2019.

Disponível em: <https://revistas.anahuac.mx/iuristantum/article/view/504>. Acesso em: 16 fev. 2024.

RODRIGUES, Noronha. A história do direito de asilo no Direito Internacional. **Âmbito jurídico**, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-50/a-historia-do-direito-de-asilo-no-direito-internacional/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SILVA JÚNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 5, n. 10, p. 196-215, 2017. Disponível em: [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872017001000196&script=sci\\_abstract&tlng=en](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872017001000196&script=sci_abstract&tlng=en). Acesso em: 26 fev. 2024.

SILVA, Felipe Fernandes da; PESSOA, Manuella Castelo Branco. Inserção no mercado de trabalho brasileiro por venezuelanos: uma revisão integrativa. **Trabalho (En) Cena**, v. 8, n. Contínuo, p. 1-19, 2023. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/encena/article/view/14950>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SILVA, Gustavo Junger da; CAVALCANTI, Leonardo; SILVA, Sarah Lemos; TONHATI, Tania; COSTA, Luiz Fernando Lima. **Observatório das Migrações Internacionais**: Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Departamento das Migrações. Brasília, DF: OBMigra, 2023. Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra\\_2020/OBMIGRA\\_2023/Ref%C3%BAgio\\_em\\_N%C3%BAmeros/Refugio\\_em\\_Numeros\\_-\\_final.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/OBMIGRA_2023/Ref%C3%BAgio_em_N%C3%BAmeros/Refugio_em_Numeros_-_final.pdf). Acesso em: 27 fev. 2024.

SOUZA, Orlando Mattos Sparta de. A questão dos refugiados venezuelanos no Brasil: uma ameaça à soberania nacional?. **A Defesa Nacional**, v. 850, 2023. Disponível em: <http://www.ebrevistas.eb.mil.br/ADN/article/view/11762>. Acesso em: 25 fev. 2024.

## **A FIANÇA PENAL E O DESVIRTUAMENTO PRÁTICO DE SEU VIÉS SUBSTITUTIVO: PROPOSTAS DE CONFORMAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO**

**MATEUS WESLEY TEIXEIRA DE LIMA E SOUSA:**  
Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Penal e Processo<sup>76</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem o propósito de analisar a conjuntura da Fiança Penal, sob a perspectiva do vigente sistema acusatório, alinhando-se à investigação da origem dessa medida cautelar e das consequências práticas de sua incidência na atualidade – com enfoque na sua inter-relação com o caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva. O objetivo é analisar se a fiança penal, na prática, vem sendo adotada de maneira adequada ao que se espera de um instituto estabelecido como meio substitutivo adverso à prisão. Em um primeiro momento, serão abordados os fundamentos teóricos da discussão acerca da natureza jurídica da fiança, bem como dos fundamentos legais e princípios que a envolvem. Em seguida, será realizada uma análise crítica da sua efetividade e compatibilidade com o sentido que lhe é esperado, destacando exemplos de possíveis abusos na imposição da fiança penal. Diante das críticas e desafios apresentados, serão apresentadas propostas de reforma e aperfeiçoamento da forma em que enxerga e aplica a fiança penal, visando melhorar seu funcionamento e adequação ao sistema processual acusatório. Ao fim, serão apresentadas as considerações finais tendo por base a efetividade e relevância da fiança penal, levando em conta a proteção dos direitos fundamentais do acusado sem prejuízo da necessidade de um processo penal eficaz.

**Palavras-chave:** Fiança Penal. Sistema Acusatório. Eficácia processual. Desvirtuamento institucional.

### **1 INTRODUÇÃO**

A fiança penal, enquanto medida cautelar, é concebida em nosso sistema de justiça criminal como uma medida alternativa à imposição da prisão preventiva. Em teoria, a finalidade desse instituto deveria ser a de garantir um mais fácil acesso do investigado à liberdade provisória, ao mesmo tempo em que permite assegurar a sua presença durante todo o processo criminal (NUCCI, p. 596, 2016).

No entanto, a efetividade desse instituto, quando apreciada sob uma perspectiva redutora de danos e alinhada às expectativas de um sistema que se diz acusatório, tem sido objeto de questionamento na prática.

---

<sup>76</sup> E-mail: wesley.mateus92@gmail.com

Afinal, a fiança penal cumpre adequadamente com o seu papel de medida cautelar alternativa ou apenas evidencia um instituto adotado em dissonância a um sistema processual que enxerga o acusado como um sujeito de direitos?

A essência dessa indagação crítica tem sua base na constatação de que esse instituto, em que pese tenha vivenciado, na teoria, a inevitável mudança da maneira de se enxergar o processo penal, não passou pela concreta renovação que lhe era esperada, colocando em evidência a discrepância existente entre o ideal de justiça e a aplicação dessa medida, supostamente cautelar e alternativa, na prática.

Dessa aversão ao progresso, surge a preocupação do presente artigo em avaliar a relevância e a adequação da fiança penal ao contexto atual.

Para tanto, em um primeiro momento, este trabalho estudará os fundamentos teóricos que perfazem a natureza jurídica da fiança penal, a fim de compreender qual a natureza jurídica, a função e a justificativa desse instituto no sistema de justiça criminal.

No segundo tópico, a análise crítica da efetividade da fiança penal será aprofundada, examinando-se casos em que a imposição dessa medida cautelar revela consequências desproporcionais, seletivas e violadoras de direitos daqueles que estão sendo acusados. Esta avaliação visa identificar os desafios e as lacunas na aplicação desse instituto, evidenciando possíveis abusos ou inadequações que comprometem a busca por um sistema de justiça mais justo e equitativo.

Em seguida, será realizada uma contextualização jurisprudencial a fim de que sejam levantados os impactos que esse olhar crítico gerou, e possa vir a gerar ainda mais, sobre o instituto da fiança penal em nosso ordenamento.

Assim, identificados os problemas que afetam a eficácia e a aplicação da fiança penal como um instituto jurídico importante ao processo criminal, serão apresentadas as propostas de reforma e alternativas viáveis.

Portanto, no quarto tópico, o foco será direcionado à busca por melhorias capazes de aprimorar e adequar a medida cautelar estudada ao atual sistema acusatório, objetivando, ao final, encontrar uma linha de equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais daqueles que estão sendo investigados e a necessidade de um processo penal eficiente.

## **2 A NATUREZA JURÍDICA DA FIANÇA PENAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS ENVOLVIDOS**

A palavra fiança, em seu sentido etimológico, conforme destaca Mirabete (2006, p. 414), descende do termo “fidare”, este que significa ‘confiar em alguém’.



Por isso, a fiança penal inseriu-se no ordenamento processual penal como uma espécie de caução ou garantia real a ser prestada pelo acusado a fim de permitir que o Estado possa “confiar” que aquele que está sendo investigado cumprirá, mesmo em liberdade, com as obrigações judiciais que lhe forem impostas durante todo o curso de um moroso processo penal.

Tendo por base a finalidade deste instituto, duas foram as correntes que se estabeleceram na doutrina com o intuito de justificar a sua natureza jurídica.

A primeira corrente, que perdurou durante um momento em que o nosso sistema processual penal era marcadamente inquisitorial, atribuía à fiança um caráter de contracautela. Melhor dizendo, entendia-se que enquanto a manutenção da prisão em flagrante, com sua ulterior conversão em preventiva, serviria como a cautela essencial para a garantia da higidez processual, era a fiança uma condição meramente acessória que surgia como uma contracautela capaz de, justamente, evitar que, em casos excepcionais, o investigado, ainda entendido como objeto do processo, viesse a ser mantido em custódia.

A fiança, sob essa primeira perspectiva, não aparecia como uma medida efetivamente substitutiva à prisão preventiva, mas como uma condição adicional para que o acusado tivesse acesso a uma liberdade provisória. Tratava-se de uma situação arbitrária em que a prisão preventiva aparecia como regra enquanto que a fiança, ao invés de servir como alternativa, restava como mero elemento justificador da manutenção do acautelamento prisional caso não fosse cumprida.

Tal viés era convalidado pelo próprio sentido que o nosso ordenamento jurídico destinava às prisões cautelares. Afinal, tendo por base o ordenamento vigente durante a construção do Código de Processo Penal (1941), o normal era que o réu respondesse o processo já preso para que somente na remota hipótese de vir a ser comprovada, em definitivo, a sua inocência, pudesse falar em uma colocação em liberdade.

A prova disso pode ser extraída da própria leitura da redação originária do art. 596 do Código de Processo Penal de 1941, o qual previa a possibilidade de que o acusado, mesmo sendo absolvido, viesse a ser mantido preso durante a apelação contra a sentença absolutória para determinados crimes que ultrapassassem um certo patamar máximo de pena, *in verbis*:

“Art. 596 - A apelação de sentença absolutória não impedirá que o réu seja pôsto imediatamente em liberdade, **salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos**” (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) (grifo nosso).

Evidencia-se aqui que a presunção de inocência, naquela época, era ignorada por completo, haja vista a adoção de um sentido em que o certo era presumir que o investigado por determinados crimes era notadamente culpado e, por isso, deveria permanecer preso até ser sanada, em definitivo, a “dúvida” acerca de sua culpabilidade, tanto que nem mesmo uma sentença absolutória era capaz de afastar a custódia cautelar em determinados certos casos.

No mesmo sentido, o art. 594 do CPP, também em sua redação originária, trazia o instituto da fiança e a própria prisão do acusado como requisitos essenciais para a interposição de apelação, demonstrando, mais uma vez, a preocupação do legislador em garantir a imposição de restrições (ou privações) à liberdade para que o réu pudesse praticar atos processuais que lhes deveria ser intrínseco<sup>77</sup>. Vejamos:

“Art. 594. O réu não poderá apelar **sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança**, salvo se condenado por crime de que se livre solto” (grifo nosso).

Fica claro, portanto, que o objetivo do legislador, naquele momento, era, de fato, estabelecer a prisão como a regra a ser tomada, deixando-se para a via da excepcionalidade a própria aplicação da fiança, com nítido caráter de contracautela, e de qualquer outra medida pautada no afastamento da custódia cautelar do acusado.

Ocorre que, com a chegada da Constituição de 1988, as bases que sustentavam a antiga concepção da fiança como elemento de contracautela e, portanto, menos interessante ao sistema processual do que a imposição de prisões cautelares, foram gradualmente perdendo espaço na teoria jurídica.

A partir da nova hegemonia constitucional, restou estabelecida, de forma explícita, a presunção de inocência do acusado durante o processo penal. Assim, a atuação jurisdicional passou a ser pautada com base em uma regra de tratamento direcionada a evitar, ao máximo, uma privação cautelar da liberdade daquele que está inserido em uma investigação ou em um processo, a menos que não existam outras medidas menos gravosas.

E, com as alterações positivadas pela Lei nº 12.403/11, a fiança, ao menos sob uma perspectiva doutrinária e legal, deixou de ser apenas uma medida de contracautela (CPP, art. 310, III), cedendo espaço à segunda corrente que a enxergava como uma medida cautelar autônoma, podendo ser determinada pelo juiz nas infrações que admitem a fiança, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu

---

<sup>77</sup> Tal redação, inclusive, produziu efeitos até datas recentes, tanto que ainda em 2008, posteriormente à promulgação da Constituição Federal, foi preciso que o Superior Tribunal de Justiça aprovasse a Súmula nº 347 do STJ: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

andamento ou em casos de resistência injustificada à ordem judicial (CPP, art. 319, VIII) (BRASILEIRO, 2020, p. 1165).

Seguindo-se por uma análise *in abstracto*, essa nova conjuntura aparentou destinar à fiança um importante papel na consolidação do caráter terminantemente excepcional da prisão cautelar, haja vista posicionar-se como um instituto aparentemente capaz de garantir a liberdade provisória do investigado/acusado, na medida em que, em uma mesma proporção, garante a defesa de seus direitos fundamentais e assegura a higidez do processo penal em curso.

No entanto, não é essa a conclusão que se extrai da apreciação em concreto desse instituto na prática processual vigente.

Adentrando-se no cotidiano forense, a discussão crítica em torno da fiança penal, conforme será melhor destrinchado no tópico a seguir, encontra-se intimamente ligada à noção de justiça social e ao desvirtuamento do sentido a que se era esperado dessa medida cautelar autônoma.

Já que, ao invés de ser elencada como uma medida substitutiva em contextos nos quais a prisão preventiva, subsidiada pelos arts. 311 a 313 do Código de Processo Penal, mostra-se aparentemente inevitável, a fiança, na prática, passa a ser desenvolvida como um novo embaraço econômico à liberdade provisória em casos que sequer foram preenchidos os requisitos legais da prisão cautelar.

Ou seja, o que era para servir como consolidação da natureza da prisão como uma última medida no processo, torna-se, na realidade, um elemento justificador desse acautelamento prisional, gerando injustiças processuais tanto em seu aspecto socioeconômico quanto no próprio sentido a que se é esperado da apreciação da necessidade de uma prisão cautelar em consonância à proteção dos bens jurídicos positivada, também *in abstracto*, pelo legislador.

Em que pese haver tópico específico deste trabalho destinado à apreciação crítica do debate formado sobre o instituto ora estudado, importa adiantar que, ao contrário da linha de aperfeiçoamento que a teoria da natureza jurídica da fiança se mostrou adotar, essa mudança de paradigma, alinhada ao cerne constitucional e de um direito processual penal acusatório, não vem sendo observada, por exemplo, na sistemática das audiências de custódia ou da própria reavaliação das prisões arbitrariamente impostas.

Sob tal nuance, o citado sentido de *ultima ratio* da prisão preventiva acaba cedendo espaço a uma indevida utilização da fiança, esta que, influenciada por uma perpetuação da desigualdade no sistema processual penal, deixa de ser um elemento

“menos gravoso” àquele que está sendo acusado e passa, sem qualquer embasamento, a servir como uma condicionante hábil a convalidar uma prisão cautelar atípica, já que desprovida de mandado judicial, sobre aqueles que se recusem ou não possam pagá-la, mesmo quando não existam os requisitos ensejadores desse acautelamento.

### **3 ANÁLISE CRÍTICA DA EFETIVIDADE DA FIANÇA PENAL: UM INSTITUTO MAL APLICADO?**

Ao aprofundar a tese crítica ora adiantada no tópico anterior, evidencia-se, desde já, que esse desvirtuamento prático da fiança penal acabou escancarando a insuficiência de sua renovação teórica e, na mesma medida, permitiu a constatação de que esse instituto, ao contrário da natureza jurídica que lhe é destinada, não vem sendo aplicado como uma medida cautelar totalmente autônoma.

Trata-se, na verdade, de uma medida que, dentro de um cotidiano jurisdicional que deveria prezar por uma política redutora de danos e pelo princípio da menor onerosidade ao acusado, parou no tempo.

Constatada uma falha procedimental na forma de se aplicar a fiança, tornou-se corriqueiro que, durante a apreciação da legalidade da prisão em flagrante, os juízes reconheçam expressamente a inexistência de requisitos para a decretação da prisão preventiva e, mesmo entendendo ser o caso de aplicação de uma medida substitutiva, decidam por conceder a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, sem levar em consideração a situação econômica do réu, descumprindo o CPP, que determina a dispensa da fiança nesses casos (PAIVA, 2018).

Com a imposição dessa medida cautelar, especialmente sobre aqueles que não possuem condições financeiras, as consequências serão, naturalmente, a negativa de seu pagamento, seja devido à própria impossibilidade financeira ou ao sentimento de injustiça diante de uma falsa acusação.

Em alguns casos até se chega à concessão da liberdade provisória, mas, para isso, o acusado precisa de um apoio externo de seu ciclo social para levantar o preço necessário para ter acesso a um direito que lhe deveria ser subjetivo, qual seja, o de não permanecer preso em um processo sem elementos mínimos para tal, já que a prisão deveria ser, sempre, a última hipótese a ser considerada.

Sem adentrar na perspectiva de uma violação à intranscendência penal, resta evidente aqui que a natureza dessa prisão, em dissonância ao que já fora consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343<sup>78</sup>, se perfaz em um sentido mais

---

<sup>78</sup> EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação

civil do que cautelar. Afinal, o acusado não teve a sua liberdade embargada em virtude dos riscos oriundos de sua periculosidade ou da gravidade do crime que lhe é imputado à ordem pública (CRUZ, p. 9, 2009), mas apenas por não ter a mínima condição financeira de pagar a medida cautelar “autônoma” que lhe fora imposta, ficando preso até que o faça.

No entanto, não é apenas a arbitrariedade da fiança em seu aspecto econômico que levanta preocupação sobre a sua aplicação na prática. Ao analisar esse instituto à luz da premissa dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, restam evidenciadas novas incongruências à imposição dessa medida cautelar.

A título exemplificativo, estamos a presenciar um sistema processual em que, por exemplo, um agente que tenha praticado um crime hediondo como o de estupro, por não constar as circunstâncias necessárias à imposição de uma prisão, seja colocado em liberdade provisória sem fiança, já que corresponde a um crime inafiançável, enquanto um acusado de ter praticado um crime de embriaguez ao volante ou um mero furto simples, mesmo que também não tenham sido preenchidos os requisitos legais para a sua preventiva, venha a permanecer preso simplesmente por não ter condições de pagar uma fiança.

Ocorre que, em ambos os casos, independentemente do crime ser inafiançável ou não, se não constam os requisitos legais exigidos para a prisão preventiva, a saída deveria ser, justamente, a sua imediata colocação em liberdade provisória com as medidas pertinentes e adequadas à realidade do agente.

Sob essa conjuntura, o que acontece é que um caráter de inafiançabilidade que, na visão do legislador e do constituinte originário, deveria tornar mais severa a situação daquele que está sendo acusado de um crime hediondo, queda-se, pelo fator da incongruência da imposição desmedida da fiança como condicionante à liberdade, com um papel invertido ao que se era esperado da proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade.

Assim, em certos casos, torna-se mais fácil o acesso à liberdade provisória ao que cometeu um crime inafiançável em detrimento do que cometeu um crime afiançável e “menos grave” pelo simples fato do julgador optar por aplicar essa medida cautelar,

---

do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE nº 466.343-1/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, Dje: 03/12/2008.

mesmo que, em ambos os casos, não estejam presentes os requisitos necessários à decretação de uma preventiva.

Ora, se a manutenção da prisão daquele que foi preso em flagrante deveria ser a *ultima ratio*, qual a razão de o Poder Judiciário não buscar outras alternativas antes de impor a fiança como medida condicionante ao acesso à liberdade provisória?

Por exemplo, caso o acusado, mesmo tendo condições financeiras para fazê-lo, se recuse a pagar essa fiança, o ônus da prova dessa capacidade financeira deverá recair sobre o Órgão Acusatório que está a participar da audiência de custódia e não do próprio acusado.

E, mesmo se constatada essa capacidade financeira, há de se garantir que possa cumpri-la da mesma forma em que ocorre com todas as demais medidas cautelares, ou seja, em liberdade, sem falar que existem uma série de outras medidas constritivas capazes de garantir o acesso a essa quantia esperada para fins de fiança.

Da mesma forma, se há uma constatação da ausência de condições para arcar com tal medida cautelar, por que motivo o julgador não simplesmente a substitui por uma das outras diversas medidas estabelecidas no art. 319 do CPP ao invés de manter a prisão até que se alcance a quantia determinada para a fiança?

Fica claro aqui que, para ver-se estabelecida na prática como uma medida cautelar autônoma, é preciso que a fiança seja compreendida como tal, sendo injustificada qualquer medida que ainda insista em estabelecê-la como um requisito atípico à manutenção da prisão, ainda que sem um efetivo título judicial para esse acautelamento.

Trata-se, na realidade, de um desvirtuamento evidenciado na forma em que esse instituto vem sendo aplicado em nosso ordenamento, incidência esta que não condiz com o que se espera de uma medida cautelar substitutiva da prisão e não justificadora desta.

#### **4 OS IMPACTOS DESSE OLHAR CRÍTICO SOBRE O DIRECIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA FIANÇA**

Essa situação emblemática envolvendo a fiança não passou completamente despercebida pelos Tribunais Superiores, isso muito em razão do papel atuante e do olhar crítico que a Defensoria Pública, órgão com maior proximidade à esse contexto de inequívoca vulnerabilidade, assumiu no embate às injustiças sociais perpetradas diante da desmedida aplicação dessa caução penal.

Fato é que, em razão de uma determinação constitucional, nenhuma pessoa poderia permanecer presa cautelarmente sem uma decisão judicial fundamentada que

decrete a sua prisão. Isso, contudo, é o que ocorre na manutenção da prisão anômala daquele que não paga a fiança.

A realidade prática, como já adiantado no tópico anterior, nos mostra que mesmo em situações em que não mais existe uma situação de flagrância, já que esta, via de regra, se esvai dentro de 24 (vinte e quatro) horas, é corriqueira a manutenção, de maneira tácita e anômala, de prisões sob a simples justificativa de que não fora paga a medida cautelar autônoma imposta.

Se adentrarmos mais a fundo na previsão legal disposta no CPP, vê-se que o art. 310 desse diploma legal estabelece que, após o recebimento do auto de prisão em até 24 horas, o juiz deverá tomar uma das três medidas previstas em lei: i) relaxar a prisão; ii) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva; ou iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou aplicar outra medida cautelar.

A justificação da prisão em flagrante morre a partir do momento em que o juiz profere um pronunciamento judicial acerca da sua legalidade e, em seguida, avalia se será o caso da sua conversão em preventiva ou da concessão de sua liberdade provisória (LOPES JR., p. 417, 2021).

Ao constatar que os requisitos dispostos nos arts. 311 a 313 do CPP não foram preenchidos, a única saída do julgador deve ser de conceder ao autuado o direito à liberdade provisória, sopesando se será o caso, ou não, de aplicar-lhe outras medidas cautelares diversas da prisão.

E, em caso de aplicação dessas medidas, deve o acusado ser colocado imediatamente em liberdade para que, em seguida, possa cumpri-las.

Afinal, consiste em um manifesto desvirtuamento procedimental exigir que primeiro se cumpra com o pagamento da fiança para que, só então, possa o afiançado vir a gozar da liberdade no curso de sua investigação ou do próprio processo penal.

Fazendo aqui uma grosseira analogia ao regime civilista, seria como uma aplicação puramente potestativa da cláusula do "solve et repete" na forma de uma condição anômala ao acusado, já que, para poder reclamar o acesso a um direito que lhe é subjetivo, precisaria ele, primeiro, pagar o valor a que lhe fora imposto como obrigação pelo Estado.

Inclusive, ao analisarmos as demais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, é fácil observar que, diferentemente do procedimento adotado à fiança, a regra insere-se no sentido de que: acaso imposta uma medida cautelar, deverá ser primeiro o acusado colocado em liberdade para que, sob a supervisão do Estado, venha a cumprir

aquilo que lhe fora imposto, seja o comparecimento mensal em juízo, a determinação de distanciamento à vítima ou o não comparecimento a certos lugares (CACICEDO *et al.*, 2013).

Dessa mesma forma deveria ser o procedimento adotado à fiança. Ou seja, primeiro se coloca o acusado em liberdade, já que inexistem os fundamentos para a manutenção da prisão e, em seguida, a justiça lhe concede um prazo para que eventualmente venha a arcar com o pagamento do valor que fora estabelecido ou, subsidiariamente, para que cumpra com outra medida cautelar alternativa.

Só então, em caso de descumprimento dessas medidas cautelares, surgiria, por exemplo, um efetivo motivo para uma eventual prisão preventiva (art. 312, § 1º do CPP).

A exigência de um fundamento concreto para a decretação, ou manutenção, de uma prisão não foi prevista expressamente na constituição federal por acaso, uma vez que decorre tal imposição de um elemento protetivo capaz de impor limites ao poder punitivo estatal e, no mesmo compasso, garantir um mínimo de direitos àqueles que, em situação de vulnerabilidade, precisarão levantar a sua defesa em confronto à máquina do Estado.

Se a prisão é sempre a *ultima ratio*, é preciso que o julgador respeite essa excepcionalidade ao invés de compactuar com a aplicação de medidas que, na prática, apenas servirão de direcionamento à prisões anômalas e sem qualquer respaldo legal.

Caso contrário, acabará tornando-se natural um constrangimento ilegal que insiste na manutenção de uma prisão sem amparo legal, haja vista que não pode ser preventiva ou temporária, por já ter sido concedida a liberdade provisória, nem uma prisão em flagrante, considerando que já se encerrou a audiência de custódia e, muito menos, uma pena, uma vez que sequer houve uma sentença condenatória para transitar em julgado. Aliás, trata-se de uma prisão sem título judicial.

De maneira esdrúxula, acaba que uma prisão dita como “processual penal” acaba assemelhando-se, na prática, a uma prisão civil por dívida, esta que, conforme tratado anteriormente, já fora devidamente abolida de nosso ordenamento jurídico (BARROS; FABBRO, 2022).

Evidencia-se, nas palavras de Adhemar de Barros e de Stefano Fabbro, uma situação paradoxal, considerando que o acusado encontra-se juridicamente solto, mas, faticamente, está preso pelo fundamento que deveria justificar a sua liberdade.

Justamente por isso, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo levantou a importante tese crítica nº 92 no sentido de que: “A fixação de fiança pelo juízo ou a manutenção da fiança arbitrada pela autoridade policial deve implicar a imediata expedição de alvará de soltura e seu efetivo cumprimento”.



Essa tese crítica, embora ainda seja contramajoritária, enfatiza a necessidade de se respeitar os princípios fundamentais da presunção de inocência, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A ideia por trás dessa proposta é que a fixação da fiança não deve resultar na manutenção da pessoa presa até o pagamento, pois isso viola o direito à liberdade e pode perpetuar uma situação injusta, especialmente para aqueles que não têm condições financeiras para pagar a fiança por conta própria.

E é justamente esse viés crítico que deve direcionar o posicionamento jurisprudencial daqui em diante.

Inclusive, este artigo científico não ignora o fato de que, no recente julgamento do AgRg no HC 582.581/GO, a Sexta Turma do STJ decidiu que o não pagamento da fiança deve ensejar a concessão da liberdade do acusado, haja vista que se demonstra irrazoável a manutenção da sua prisão cautelar apenas em razão do não pagamento de fiança, principalmente diante do fato de que já foi reconhecida a possibilidade de concessão da liberdade provisória, estando pendente apenas o cumprimento de uma condição imposta (fiança).

Todavia, trata-se, por enquanto, de um posicionamento que, de certo modo, ainda não condiz com a realidade procedimental da fiança perante as autoridades policiais e os julgadores responsáveis pela realização das audiências de custódia.

A prática ainda mostra que a tendência permanece sendo a priorização da manutenção da prisão até que se constate o cumprimento da fiança, inserindo-se esta como uma nova condição atípica para o acesso do investigado à liberdade provisória que deveria ser a regra.

Só então, quando efetuado o pagamento, é que o juízo expede o alvará de soltura, exigindo que a defesa, por vezes, busque a adoção de mecanismos para comprovar a insuficiência financeira, ônus este que não lhe deveria ser destinado já que a prisão que é a *ultima ratio*, ou, até mesmo, impetre um Habeas Corpus com a esperança de que o Tribunal de Justiça ou os Tribunais Superiores possam, à luz do caso concreto, constatar a ilegalidade do acautelamento prisional.

Aparece, portanto, como um instituto que, apesar de ter passado por uma harmonização de sua natureza jurídica e de seu sentido teórico ao cerne constitucional vigente, ainda se encontra contaminado por uma tradicionalidade prática, esta que insiste em embargar uma adequação da fiança penal à atual forma de se enxergar o processo penal.

Ora, se o sistema processual penal passou por um contexto de transformações direcionadas à garantir um posicionamento central para a proteção dos direitos fundamentais, é essencial que todas as medidas cautelares, especialmente a fiança penal, acompanhem essas mudanças e, para tanto, permitam-se passar por um aprimoramento, não só teórico, mas também prático.

Caso contrário, a realidade acabará por perpetuar um cenário no qual consta como regra a arbitrariedade e o constrangimento em detrimento daqueles que estão sendo acusados, enquanto a exceção condiz com a incessante busca por remédios e alternativas defensivas que, em casos raros, consigam reverter as graves falhas perpetradas pelo Estado. Tudo isso, sempre, em uma triste dissonância ao que se espera de um sistema regido pelo princípio da presunção da inocência.

## **5 PROPOSTAS DE REFORMA E ALTERNATIVAS À FIANÇA PENAL: MELHORIAS E ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO SOB UMA PERSPECTIVA REDUTORA DE DANOS**

Levantadas as considerações críticas acerca da concretude dessa tradicional medida cautelar, resta escancarado o seu desvirtuamento frente ao que se era esperado dentro de um sistema acusatório.

Afinal, um instituto que fora originariamente concebido para equilibrar a liberdade individual com a necessidade de se garantir a efetividade do processo penal, não deveria, na prática, tornar-se um fundamento para desigualdades e para a violação aos direitos fundamentais daqueles que já estão sujeitos à investigações ou a um processo penal que, como sabemos, é sempre tortuoso.

Diante desse panorama, torna-se imperativo buscar melhorias que aprimorem e adequem essa medida cautelar, a fim de estabelecer uma abordagem mais justa e equilibrada.

Para tanto, deve-se partir de uma perspectiva redutora de danos<sup>79</sup> que permita compatibilizar a premente e inegociável necessidade de assegurar um processo penal

---

<sup>79</sup> Essa concepção é defendida pelo professor Rodrigo Roig, o qual propõe um duplo direcionamento à forma de se interpretar o direito penal e processual, de modo que na direção punitiva/perseguidora a interpretação deverá ter uma força centrípeta, apontando restritivamente para o núcleo do texto, de modo a provocar o mínimo sofrimento possível ao que está vulneravelmente na posição de acusado, enquanto que na direção libertária e garantista essa interpretação deve mover-se de maneira centrífuga, em vista a proporcionar a máxima extensão possível dos direitos e garantias individuais. SOARES, Rodrigo Duque Estrada Roig. Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva. UERJ - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

eficiente<sup>80</sup>, sem que tal objetivo sirva como elemento justificador à ruptura de direitos e à mitigação de direitos subjetivos que precisam ser assegurados aos acusados.

O primeiro passo, considerando que a fiança penal detém uma previsão constitucional em nosso ordenamento jurídico, é cumprir adequadamente com o procedimento que se espera de qualquer outra medida cautelar autônoma. Ora, se a lei e a doutrina destinam essa natureza jurídica à fiança penal, qual seja, a de garantir-lhe uma autonomia voltada a lastrear a liberdade provisória do acusado, não comporta sentido que essa medida venha a servir como uma condicionante à expedição do alvará de soltura.

Em outras palavras, se o juiz entender que não restaram preenchidos os requisitos à prisão preventiva, deve, de imediato, conceder a liberdade provisória ao acusado com a consequente expedição de um alvará de soltura, sem prejuízo de que neste conste uma clara e expressa disposição de que, se dentro de um prazo razoável, não vir a cumprir com a medida cautelar diversa imposta, seja ela a fiança ou qualquer outra, passará a existir uma justificativa à prisão preventiva, esta que, de fato, encontra lastro na previsão do art. 312, § 1º do CPP.

É importante lembrar, neste ponto, que a dúvida deve sempre caminhar em favor daquele que está sendo acusado e não “em favor da sociedade”, já que apenas o princípio do *in dubio pro reo* encontra amparo na legalidade estrita afeita ao processo penal. Assim, a ausência de fundamentos e requisitos para a preventiva e eventuais dúvidas acerca da possibilidade, ou não, do investigado vir a cumprir com uma determinada medida cautelar, devem, também na prática, servir de amparo para a sua imediata liberdade provisória e não como justificativa arbitrária para uma prisão anômala.

Somente após ter sido oportunizado esse cumprimento dentro de um prazo razoável é que será possível averiguar se o acusado correspondeu ou não às expectativas cautelares do Estado.

É esse o rito que, respeitadas as particularidades de cada uma das hipóteses previstas, deve ser adotado para toda e qualquer medida cautelar autônoma.

Como segundo passo, adentrando mais a fundo nas peculiaridades da fiança, estas que, de maneira crítica, já foram trazidas neste excerto, não se pode ignorar a linha tênue que tal medida cautelar ainda carrega entre o apreço pela efetividade processual e a

---

<sup>80</sup> Abro parênteses para deixar claro que um sistema processual penal “eficiente” não significa um processo penal ditatorial, que vise “prender mais” ou cumprir com um viés simbólico de repressão estatal, mas um processo que, efetivamente, caminhe e cumpra com o ideal de celeridade sem prejuízo do cuidado em se analisar as provas e a situação do próprio acusado.

relativização da desigualdade social que ainda aflige o nosso país e serve como propulsor direto da seletividade enraizada no sistema penal ora vigente.

Assim, ainda nesta segunda alternativa, propõe-se que a fiança cumpra com os requisitos genéricos das medidas cautelares, quais sejam, da necessidade e adequação, a fim de que esteja tal medida efetivamente alinhada à situação econômica do réu. Aliás, em casos envolvendo a representação da Defensoria Pública, deve ser a fiança ainda mais evitada, ante a presunção de hipossuficiência já reconhecida pelo próprio STJ no Ag Rg no HC 582.581/GO<sup>81</sup>.

A situação de pobreza e de incapacidade financeira, para arcar com a cautelar imposta, não podem, de maneira alguma, servir como fundamento à manutenção de uma prisão sem título judicial.

E, ainda mais, deve passar a ser reconhecido e punido, na prática, como crime de abuso de autoridade (art. 12, inciso IV, da Lei de Abuso de Autoridade) a fixação pelos julgadores de fianças em patamares altíssimos com o único e claro intuito de manter o acusado preso, já que, naturalmente, o agente não terá condições, assim como nem mesmo o juiz teria, de pagar um valor tão alto em troca de um direito que lhe deveria ser subjetivo.

Seguindo na linha da análise da condição financeira dos acusados, é preciso entender, de uma vez por todas, que se a imposição de uma fiança é do interesse do Órgão Acusatório, já que este que busca uma garantia reparatória e de colaboração até o fim do processo, é do Ministério Público, ou do querelante, o ônus de provar que o agente efetivamente possui uma suficiência de riquezas para arcar com o valor imposto da fiança.

Caso contrário, deve ser considerada inaplicável tal medida.

Sem falar que, nos casos em que for imposta a fiança penal após a avaliação da condição financeira do acusado, não pode uma eventual falta de pagamento servir, por si só, como uma justificativa para a decretação da prisão preventiva, já que antes da imposição dessa gravosa medida de *ultima ratio*, devem ser tentadas outras medidas

---

<sup>81</sup> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. REVOGAÇÃO. FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. PACIENTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. PRESUMIDAMENTE POBRE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Afigura-se irrazoável manter o réu preso cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, mormente porque já reconhecida a possibilidade de concessão da liberdade provisória. Paciente assistido pela Defensoria Pública, portanto presumidamente pobre, sem condições de custear o pagamento. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 582.581/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 18/02/2021)

cautelares — dentre as diversas hipóteses previstas no art. 319 — que, por vezes, já serão suficientes para assegurar a eficácia processual esperada.

Ademais, contribuindo no levantamento de uma terceira alternativa à impropriedade da fiança penal, o autor Caio Paiva (2018) cita que a fiança, assim como ocorre com as penas, não pode violar o princípio da intranscendência penal, já que afronta os ditames da Constituição Federal exigir que terceiros, dentre familiares e amigos do acusado, busquem mecanismos para cumular a quantia imposta pelo Estado.

Seguindo em frente, já como um quarto passo, é inevitável concluir que, se a fiança penal não for, ou não puder, ser extirpada de uma vez por todas pelo legislador de nosso ordenamento jurídico ante a previsão oriunda do Poder Constituinte Originário, tal medida cautelar deverá ser considerada como uma "*penúltima ratio*", antecedendo apenas a prisão preventiva.

Isso porque o próprio CPP permite, em seu art. 319, §4º, que a fiança seja cumulada com quaisquer outras medidas cautelares previstas, demonstrando que, para além das impropriedades afeitas a esse instituto, o pagamento da caução penal não "livrará" provisoriamente o acusado de todas as demais medidas, já que estas poderão ser aplicadas independentemente do crime ser afiançável, inafiançável, ter sido paga ou não tal medida pecuniária.

Por isso, em todas as hipóteses, o acusado que teve contra si imposta a fiança será sempre o mais prejudicado, mesmo que esteja respondendo por um crime que, na visão do legislador, deveria ser tratado como de menor gravidade.

De todo modo, é preciso que tais abordagens, voltadas ao aprimoramento do instituto em estudo, sejam considerados de forma integrada e harmônica, a fim de que as balizas ao equilíbrio entre a efetividade do processo penal e a salvaguarda dos direitos do acusado possam ser fincadas em nosso ordenamento.

## **6 CONCLUSÃO**

Em sede conclusiva, fica claro o esforço do presente artigo em analisar a efetividade e a relevância da fiança penal como medida cautelar substitutiva à prisão, à luz do sistema processual acusatório.

Ao longo da abordagem, partiu-se da discussão acerca da natureza jurídica e da incidência prática do instituto da caução penal a fim de levantar as incongruências dessa medida e, assim, fundamentar as severas críticas que escancaram os abusos e desigualdades dessa cautelar, supostamente autônoma, em nosso ordenamento jurídico.

Diante dessas constatações, foi possível aferir que, da forma em que vem sendo aplicada, a fiança se mostrou uma medida parada no tempo e que, ao invés de garantir que o processo penal caminhe efetivamente com a concessão da liberdade ao acusado em situações que descabem uma preventiva, apenas serve como um novo elemento condicionante à própria liberdade provisória, esta que, em que pese devesse ser a regra a ser buscada, vem cedendo espaço à prisões anômalas justificadas não pela concessão de um título judicial mas, simplesmente, pela impossibilidade financeira do acusado em arcar com o pagamento da caução penal.

Em suma, a fiança penal comporta-se como um instituto que, sob a sua avaliação na prática, ainda precisa ser repensado e aperfeiçoado para que possa cumprir o real propósito substitutivo a que se espera de sua aplicação no contexto atual. A superação de sua natureza desconforme e a sua compatibilidade com os princípios do sistema processual acusatório são desafios a serem enfrentados e que, inevitavelmente, devem servir de direcionamento ao cerne jurisprudencial necessário à garantir um sistema de justiça mais justo e equitativo.

Para tanto, é fundamental que as críticas atinentes à fiança não se encerrem, na prática, com uma eventual reversão de uma prisão arbitrária justificada, unicamente, pelo seu não pagamento. É preciso que esse debate, inserido no cotidiano daqueles que assumem o papel de defesa no processo penal, tome uma posição central e para além do processo.

Só assim será possível direcionar esse ideal de mudança a um gradativo aperfeiçoamento de um sistema processual efetivamente com o viés acusatório, agora positivado no art. 2º do CPP, e garantista, sem comprometer a eficácia do processo penal. A busca por uma justiça efetiva e equilibrada requer a constante reflexão e aprimoramento das medidas cautelares, incluindo a fiança penal, em prol de um sistema mais justo e coerente com os princípios constitucionais e processuais acusatórios.

Dessa forma, espera-se que este estudo contribua para o debate e a reflexão sobre a fiança penal, incentivando a busca por soluções que aprimorem, sob uma perspectiva redutora de danos, o funcionamento de um sistema de justiça criminal que, como cediço, ainda é contaminado, desde as suas raízes, por um quadro de seletividade penal, sem que, para tanto, haja qualquer prejuízo à garantia dos direitos fundamentais dos acusados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Adhemar de; FABBRO, Stefano. **O paradoxo da fiança no processo penal constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-30/adhemar-barros-paradoxo-fianca-processo-penal#author>. Acesso em: 21 maio 2023.

CACICEDO, Patrick Lemos; PARISE, Bruno Girade; SHIMIZU, Bruno; SIONTI, Verônica dos Santos. **Tese 92 - Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Disponível em: [conjur.com.br/dl/tese-2013-defensoria-fianca.pdf](http://conjur.com.br/dl/tese-2013-defensoria-fianca.pdf). Acesso em: 21 maio 2023.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **As medidas cautelares no projeto do novo CPP**. Revista de Informação Legislativa. Ano 46. N. 183. Brasília: Senado, julho./set.2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. p. 414-415.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIVA, Caio. **Quando o óbvio precisa ser dito**: pobres não podem pagar fiança! Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/tribuna-defensoria-quando-obvio-dito-pobres-nao-podem-pagar-fianca>. Acesso em: 20 maio 2023.

SOARES, Rodrigo Duque Estrada Roig. **Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual**: uma nova proposta discursiva. UERJ - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

## **A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS: UM NOVO PARADIGMA DIANTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 548.181/PR**

**EDUARDO SANTOS SALES:**

Procurador do Estado na Procuradoria Geral do Estado da Bahia<sup>82</sup>.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo estudar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro sob a perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é assunto há muito debatido no âmbito da doutrina e dos tribunais e desafia a teoria clássica do delito. No direito brasileiro, está prevista no art. 225, § 3º da Constituição Federal e foi regulamentada pela lei nº 9.605/98. O Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento de que para que uma pessoa jurídica fosse responsabilizada penalmente seria necessário a aplicação da teoria da dupla imputação. Esse cenário foi alterado com julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, no qual estabeleceu-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade penal das pessoas físicas. Essa nova perspectiva enseja a revisão da teoria do crime para que possa compreender os crimes praticados por esse entes.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal, pessoa jurídica, teoria do crime, Constituição Federal, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apresentando as bases teóricas em que se funda, assim como as correntes doutrinárias que se posicionam contra e a favor, e o atual entendimento dos tribunais superiores sobre a matéria.

Em primeiro momento será feito um estudo sobre a natureza das pessoas jurídicas tendo como norte as teorias da ficção legal e da realidade técnica, cunhadas no âmbito do direito privado.

Posteriormente serão estudados os sistemas francês, anglo-saxão e espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apontando os respectivos marcos legais e delineando as peculiaridades de cada um.

---

82 E-mail: edussales@gmail.com



Já com foco no direito brasileiro, serão apresentados os fundamentos legais e constitucionais sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, assim como os entendimentos doutrinários diante de tais preceitos.

Ultrapassado esse aspecto, empreender-se-á uma incursão sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas sob o ponto de vista da conduta, da culpabilidade e do princípio da personalidade da pena.

Por derradeiro, será apresentado o novo paradigma da responsabilidade penal das pessoas jurídicas tendo em vista a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em sede conclusiva, serão expostas as impressões alcançadas diante do estudo realizado ao longo do trabalho, assim como a repercussão desse novo entendimento diante da tradicional teoria do crime.

## **2 NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS**

As pessoas jurídicas foram idealizadas e criadas para atender as necessidades humanas em vários aspectos de sua vida social, tais como a produção de riquezas, fé, caridade e recreação.

Para atingir tais finalidades e permitir a atuação do homem por meio dessas entidades, a elas a lei atribuiu personalidade jurídica distinta da dos seus integrantes, possibilitando, assim, que as pessoas jurídicas se tornassem sujeito de direitos e obrigações na ordem civil.

O questionamento sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas remete à discussão sobre a natureza jurídica dessas entidades. Nesse aspecto Eugênio Raul Zaffaroni<sup>[1]</sup> esclarece:

Pode-se afirmar, portanto, que o debate ao redor deste tema, (responsabilidade ou irresponsabilidade) reproduz em boa parte no direito penal a antiga discussão do direito privado acerca da teoria da realidade (GIERKE) ou da ficção (SAVIGNY) a respeito das pessoas jurídicas (tradução livre).

No entanto, nem sempre há uma relação entre a teoria da realidade e responsabilidade e teoria da ficção e irresponsabilidade, conforme se depreende do ordenamento jurídico de outros países.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, apesar de prevalecer a teoria da ficção, é admitida a responsabilidade penal. De outro modo nos países em que é adotado o *Civil Law*, de uma forma geral, em que predomina a adoção da teoria da realidade, o direito não caminhou para reconhecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas<sup>[2]</sup>.

Entre os países que adotam o *Civil Law* excetua-se a França que passou a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No direito francês há uma estreita correlação entre a adoção da teoria da realidade objetiva e a responsabilidade penal. Assim, uma vez reconhecido que as pessoas jurídicas são reais, e não mera ficção, e possuem, portanto, vontade própria, nada obsta que a elas também seja imputável um ilícito penal.

A respeito da natureza jurídica dessas entidades, Sílvio Rodrigues<sup>[3]</sup> aponta quatro principais teorias: a) ficção legal; b) realidade objetiva; c) realidade técnica; d) institucionalista de Hauriou.

Não obstante, para o presente trabalho mostra-se relevante apenas o estudo das duas principais teorias: teoria da ficção legal e teoria da realidade objetiva.

## 2.1 Teoria da ficção legal

Para a teoria da ficção legal, defendida por Savigny, a personalidade da pessoa jurídica seria uma abstração, artificialmente criada pela lei e por isso mesmo considerada uma ficção legal. Careceria, desse modo, de uma existência real<sup>[4]</sup>.

Paulo Nader<sup>[5]</sup> acrescenta que a teoria da ficção tem suas bases no direito Canônico e esclarece:

A premissa de pensamento consiste na ideia de que é preciso ser pessoa natural para possuir direitos e contrair deveres. O conjunto de pessoas, por natureza, não possui personalidade jurídica. Esta lhe é conferida por lei e como ficção. As pessoas jurídicas configuram procedimento técnico, artificial, pois são seres irrealis, imaginários. A mesma ficção que leva o Estado a negar a personalidade jurídica a determinadas classes de pessoas, como a dos escravos, ou, como no passado, aos estrangeiros, e a atribuir a seres não humanos aqueles atributos, pode aplicar-se a grupos de pessoas.

Desse modo, as pessoas jurídicas não possuiriam uma existência real, mas somente legal, sendo obra apenas do intelecto humano. Portanto, a lei lhe reconheceria existência e lhe atribuiria personalidade jurídica somente como instrumento de atuação do próprio homem e para a consecução dos seus fins, mas não porque existente no plano real.

Sob a perspectiva do direito penal, para essa teoria, a pessoa jurídica não poderia ser sujeito ativo de um crime uma vez que consistiria em mera abstração legal. Ademais a sua vontade decorreria da vontade de um representante ou de um certo número destes. Assim, os crimes a princípio imputáveis à pessoa jurídica, são, em última análise, praticados sempre pelas pessoas físicas que a integram, sendo irrelevante, para tanto, que a motivação do ilícito seja o interesse perseguido pela corporação[6].

## 2.2 Teoria da realidade objetiva

A teoria da realidade objetiva, também denominada de orgânica, teve entre seus idealizadores a presença de Otto von Gierke, Regelsberg, Endermann, Mitteis e Von Büllow.

Essa corrente, de modo diametralmente oposto à teoria da ficção, preceitua que a pessoa jurídica não é mera ficção legal, mas uma realidade viva equiparável a uma pessoa física. Do mesmo modo que as pessoas físicas, elas são providas de vontade que é expressada por meio de seus órgãos. Assim, excetuando-se as relações que por sua natureza são incompatíveis com as pessoas jurídicas, em tudo sua capacidade se assemelha a das pessoas físicas.

A esse respeito, Caio Mário da Silva Pereira[7] ensina que:

Diante desta situação, advém a conveniência de aceitar o jurista a personalidade real destes seres criados para atuar no campo do direito, e admitir que são dotados de personalidade e providos de capacidade e de existência independente, em inteira semelhança com a pessoa natural, como esta vivendo e procedendo, como esta sujeito ativo ou passivo das relações jurídicas. Não há necessidade de criar artifícios nem de buscar alhures a sede de sua capacidade de direito. Ao revés, a pessoa jurídica tem em si, como tal a sua própria personalidade, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos, e, portanto, é uma realidade no mundo jurídico.

Desse modo, aplicando-se a teoria da realidade objetiva ao direito penal, pode-se concluir que por ser detentora de vontade própria, a pessoa jurídica está apta a ser o sujeito ativo de um crime, não se diferenciando, assim, de uma pessoa física[8]. Atualmente, no direito privado, tem prevalecido essa teoria, entendendo-se a pessoa jurídica com uma realidade e não apenas como mera ficção[9].

## 3 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

No presente tópico serão abordados os principais sistemas de responsabilidade da pessoa jurídica (sistema francês, sistema anglo-saxão e sistema espanhol) ressaltando-se suas características e distinções.

### 3.1 Sistema francês

Em 1994, com a entrada em vigor do Código Penal de 1992, a França passa a admitir de forma definitiva a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, o art. 121-2 do Código Penal Francês dispõe: “As pessoas morais, com exclusão do Estado, são responsáveis penalmente segundo as regras dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previsto pelos seus órgãos ou representantes”<sup>[10]</sup>.

Desse modo, todas as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente, excetuando-se o Estado e as coletividades territoriais, podendo estas responderem penalmente nos casos de concessão de serviço público.

É mister observar que o direito francês cuidou de adaptar sua legislação à nova realidade jurídica, de modo que se tornasse coerente a nova disposição do Código Penal, consagrando-se nessas alterações inclusive normas de caráter processual. Essas alterações foram implementadas de forma substancial pela Lei nº 92-1336/92 (Lei de adaptação) e pelo decreto 93-726/93 (dispõe sobre a execução das penas aplicáveis às pessoas jurídicas)<sup>[11]</sup>.

Ressalte-se que em razão do princípio da especialidade, desdobramento do princípio da legalidade, as pessoas jurídicas somente podem ser responsabilizadas pelos crimes nos quais haja previsão expressa, algo similar a sistemática dos crimes culposos no direito brasileiro.

Assim, a legislação penal francesa elenca uma série de ilícitos que podem ser praticados por esses entes, conforme esclarece Luiz Regis Prado<sup>[12]</sup>:

Nesse sentido, o Código Penal e leis especiais elencam uma série de infrações, utilizando a técnica legislativa que se segue: o crime contra a humanidade vem insculpido no artigo 212-1, e o artigo 213-3 do Código Penal reza que as pessoas morais podem ser declaradas responsáveis penalmente por crimes contra a humanidade. De sorte que vem ela referida para um grande número de delitos e de contravenções, tais como: homicídio culposo (art. 221-7, CP); lesão corporal culposa (art. 222-21, CP); tráfico de entorpecentes (art. 222-42, CP); racismo (art. 225-4, CP); lenocínio e tráfico de mulheres (art. 225-12, CP); furto (art. 311-16, CP); extorsão (art. 312-15, CP); estelionato (art. 313-9, CP); apropriação indébita (art. 314-12, CP);

receptação (art. 321-12, CP); atentado aos sistemas de tratamento automatizado de dados (art. 323-6, CP); traição, espionagem, terrorismo (arts. 414-7, 422-5, CP); corrupção ativa, tráfico de influência, usurpação de funções (art. 433-25); crimes de falsidade (arts. 441-12, 442-14, 443-8, CP); crimes contra a administração da justiça (art. 434-47); violação de disposições relativas à venda e à troca (arts. R 633-1 a R 633-3); abandono de lixo e rejeitos (arts. R 632-1, R 635-8); infrações ao Código de Mineração (art. 143, CM); direito autoral (art. 335-8, Código da Propriedade Intelectual); infrações econômicas em matéria de concorrência e de preço (art. 52-2, Ordenação 86-1243); infrações em matéria de tratamento de dejetos (art. 24-1 da Lei 75-633); poluição hídrica (art. 28-1 da Lei 92-3) e atmosférica (art. 7-1 da Lei 61-842); infrações em matéria de pesquisa biomédica (art. L 209-19-1 do Código da Saúde Pública); trabalho clandestino (art. L 364-6 do Código do Trabalho) e emprego ilegal de mão de obra estrangeira (art. L 364-10 do Código do Trabalho).

Além de previsão expressa na lei, para a responsabilização penal das pessoas jurídicas devem concorrer duas condições: o crime ser praticado por órgão ou representante da pessoa jurídica e a infração ter sido praticada à sua conta, compreendendo-se essa expressão como a atuação no interesse daquela<sup>[13]</sup>.

Tais condições caracterizam o que se denomina responsabilidade penal por ricochete, na precisa lição de Luiz Regis Prado<sup>[14]</sup>:

Trata-se da teoria da responsabilidade penal por ricochete, de empréstimo, subsequente ou por procuração, que é explicada através do mecanismo denominado *emprunt de criminalité*, feito à pessoa física pela pessoa jurídica, e que tem como suporte obrigatório à intervenção humana. Noutro dizer: a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda'. É exatamente essa simbiose entre pessoa física e jurídica que legitima o empréstimo de criminalidade. A pessoa física personifica a jurídica (órgãos ou representantes), é onipresente, como sua consciência e

cérebro. Todavia, não vale a assertiva para as infrações culposas ou contravençionais: aqui é possível a imputação direta à pessoa jurídica, sem o concurso de uma pessoa natural.

Observa-se, portanto, que o coeficiente subjetivo de culpabilidade é atendido pelo que o autor denomina de responsabilidade penal por ricochete ou por empréstimo, em que a vontade da pessoa jurídica coincide com a da pessoa física que a representa.

No que tange às sanções, o Código Penal Francês elencou um rol de penas aplicáveis às pessoas jurídicas:

Como não poderia deixar de ser, o Código Penal gaulês estatui expressamente um rol de sanções criminais aplicáveis à pessoa jurídica (art.131-39, CPF). Afirma-se a primazia, entre os objetivos da pena, no novo texto penal, da intimidação e retribuição. Entre as sanções podem ser mencionadas as seguintes: a multa (cujo máximo é o quántuplo do previsto para a pessoa física); a interdição definitiva ou temporária de exercer uma ou várias atividades profissionais ou sociais; o controle judiciário por cinco anos ou mais; o fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento utilizado para a prática do delito; a exclusão definitiva ou temporária dos mercados públicos; a interdição por cinco anos ou mais do direito de emitir cheques; a confiscação do objeto do crime; a publicação da decisão judicial e a dissolução. Esta última é reservada para as infrações mais graves (*v.g.*, crime contra a humanidade, tráfico de drogas, estelionato, extorsão, terrorismo, moeda falsa).

Ademais restaram vedadas as penas de dissolução e de controle judiciário das pessoas jurídicas de direito público, dos partidos políticos e dos sindicatos profissionais.

### 3.2 Sistema anglo-saxão

No direito anglo-saxão a responsabilidade penal das pessoas jurídicas teve sua origem nos tribunais ingleses, os quais, em primeiro momento só a admitiam para os crimes omissivos culposos (*nonfeasance*) e mais tarde para os crimes comissivos dolosos (*misfeasance*)[15].

Somente em 1889, por meio do *interpretation act*[16] a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi incorporada à legislação inglesa, que passou a compreender dentro do termo “pessoas” não só as pessoas naturais, mas também os entes coletivos:

2- (1.) Na interpretação das leis aplicáveis a um delito punível em sede de acusação ou depois de condenação sumária, se contido em uma lei aprovada antes ou depois da vigência desta Lei, a expressão "pessoa" deve, salvo disposição expressa em contrário, incluir uma pessoa coletiva (tradução livre).

Inicialmente, somente se aplicava a responsabilidade das pessoas jurídicas às infrações punidas com sanções menos graves e que não dependiam da comprovação de culpa, *regulatory offences (public welfare offences)*. Somente em 1940 foi ampliado o rol de infrações a que as pessoas jurídicas estariam sujeitas, alcançando os crimes de qualquer natureza desde que compatíveis com a sua condição [17].

Para a responsabilização das pessoas jurídicas o direito inglês, em regra, exige os elementos objetivo (*actus reus*) e subjetivo (*mens rea*) do crime. Não obstante, em certos casos, admite a responsabilidade penal objetiva – *strict liability*, (independentemente de dolo ou culpa) e também por fato de terceiro (*vicarious liability*), o que, em última análise, também consiste em responsabilidade penal objetiva.

Para a imputação de um delito, levando em consideração o elemento subjetivo, da pessoa jurídica adota-se a teoria da identificação (*identification theory*). Nesse aspecto vale-se mais uma vez das lições de Luis Regis Prado[18]:

Para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (*vontade*) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano. Isso impõe que se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: "um salto" da pessoa física para a jurídica. O fundamento penal encontrado está na teoria da identificação (*identification theory*) – identificação do *controlling mind* –, originária da jurisprudência cível (acórdão da *House of Lords*, 1915), que acabou por alcançar a área criminal, em 1944. O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que "não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade". Tem-se, portanto, que a pessoa natural "não fala, não atua para a sociedade; ela atua enquanto sociedade, e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade". Ela é a personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele. Como examinado, essa doutrina deu lugar à ideia de que a culpa de certas pessoas físicas pode ser imputada a uma pessoa jurídica como sua

culpa própria ou pessoal (*personal liability*), numa verdadeira e total identificação.

Nos Estados Unidos, de modo geral, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas segue sistemática similar ao direito inglês, conforme é possível se depreender das disposições do Código Criminal Federal[19]:

Art. 402. 1. Definição da responsabilidade. Uma sociedade anônima (*corporation*) pode ser penalmente condenada por: a) qualquer delito praticado na realização dos negócios, sobre a base de uma conduta executada, autorizada, estimulada, ordenada, ratificada ou imprudentemente tolerada, em transgressão a um dever de manter uma supervisão efetiva sobre as atividades de uma das pessoas que em seguida são enumeradas, ou um acordo de mais de uma delas.

Art. 403. Outras sociedades ou associações. Uma sociedade ou associação pode ser penalmente condenada nas circunstâncias exigidas pelo art. 402, em relação às sociedades anônimas.

O *Model Penal Code*, desenvolvido pelo *American Law Institute*, cujo objetivo é estimular e auxiliar a padronização da legislação penal americana, alinha-se às disposições do Código Criminal Federal[20]: "Art. 2.07.1. Uma sociedade anônima pode ser condenada pela prática de um delito se: c) a prática do delito foi autorizada, solicitada, ordenada, ou executada pela direção ou por um alto funcionário (gerente) atuando em representação da sociedade e durante o emprego" (tradução livre).

### 3.3 Sistema espanhol

Na Espanha, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi regulada pela primeira vez no art. 31 bis do Código Penal de 2010, instituído pela Ley Orgânica/2010, que reformou o Código Penal de 1995[21].

Artigo 31 bis.

1. Nos casos previstos neste Código, as pessoas jurídicas são criminalmente responsáveis:

a) pelos crimes cometidos em nome ou por conta destas, e em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou na qualidade de membro de um órgão da pessoa jurídica, estão autorizados a tomar decisões ou ostentem poderes de organização e controle.



b) pelos crimes cometidos no exercício de atividades sociais, por conta e em benefício direto ou indireto destas, por quem, estando sob a autoridade dos indivíduos mencionados no parágrafo anterior, podiam praticar atos que violem gravemente os deveres de supervisão, vigilância e controle da respectiva atividade observadas circunstâncias específicas do caso.

2. Se o crime foi cometido pelas pessoas mencionadas na alínea a) do item anterior, a pessoa jurídica não será responsável se estiverem reunidas as seguintes condições:

1ª o órgão de administração tenha adotado e executado com eficácia, antes que o crime tenha sido cometido, modelos organizacionais e de gestão, que incluam medidas de vigilância e controle aptas a prevenir crimes da mesma natureza ou de reduzir significativamente o risco da sua prática;

2ª a supervisão do funcionamento e cumprimento do modelo de prevenção implementadas tenha sido atribuídos a um órgão da pessoa jurídica, com poderes autônomos de iniciativa e controle ou que possua o encargo legal de supervisionar a efetividade dos controles internos pessoa jurídica;

3ª os autores individuais ter cometido o crime violando de forma fraudulenta de os modelos de organização e de prevenção e;

4ª não tenha havido uma omissão ou exercício insuficiente das respectivas funções de supervisão, vigilância e controle por parte do organismo ao qual se refere a condição 2ª.

Nos casos em que as circunstâncias acima referidas anteriormente apenas possam ser parcialmente acreditadas, tal fato será avaliado para fins de atenuação da pena.

3. Nas pessoas jurídicas de pequenas dimensões, as funções de supervisão a que se refere a condição 2ª do item 2 poderão ser assumidas diretamente pelo órgão de administração. Para estes fins, são pessoas jurídicas de pequena dimensão aquelas que, pela lei aplicável, estão autorizadas a apresentar relatórios abreviados de ganhos e perdas.

4. Se o delito foi cometido pelas pessoas mencionadas na alínea b) do item 1, a pessoa jurídica não será responsável se, antes do crime, adotou e implementou um modelo eficaz organização e gestão que é adequado para prevenir crimes da natureza dos que foram cometidos ou para reduzir significativamente o risco de sua prática.

Neste caso, também será aplicável atenuação prevista no parágrafo segundo do item 2 do presente artigo. (tradução livre)

Desse modo, o Código Penal espanhol estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para dois casos. Em um primeiro momento a pessoa jurídica responde pelos atos praticados pelas pessoas que possuem o poder de direção da entidade. No segundo momento a responsabilidade é atribuída às pessoas jurídicas em razão dos atos praticados pelas pessoas físicas que estejam no exercício das atividades sociais, por conta e em proveito desta, nos casos em que os administradores ou representantes legais não tenham cumprido o respectivo dever de controle e supervisão, considerando-se as circunstâncias do caso.<sup>[22]</sup>

Na Espanha, a exemplo do que ocorreu na França, adotou-se o princípio da especialidade para a responsabilização das pessoas jurídicas, de modo que estas somente estão sujeitas aos crimes aos quais a lei expressamente se refere. Aqui também restou excluída responsabilidade penal do Estado.

Diferentemente do Direito Penal Francês, o Código Penal Espanhol não previu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes culposos.

Para Luiz Regis Prado, tratando-se de um modelo de responsabilidade penal indireta (por atribuição), o Código Penal espanhol instituiu um verdadeiro modelo de responsabilidade por fato alheio, que o seria incompatível o a definição legal de crime prevista no art. 10 daquele diploma legal<sup>[23]</sup>.

#### **4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO**

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas encontra fundamento de forma expressa no art. 225, § 3º da Constituição da República<sup>[24]</sup>, com o seguinte teor: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

De forma menos expressa, o art. 173, §5º da Constituição República estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular nos seguintes termos:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

A doutrina tem se dividido a respeito do entendimento a ser adotado diante de ambos dispositivos constitucionais, mormente o art. 225, §3º.

Arthur Migliari<sup>[25]</sup> entende que a Constituição consagrou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas<sup>[26]</sup>, *verbis*:

O que se tem é uma nova ordem constitucional permitindo que, nos casos específicos previsto na Constituição Federal (arts. 173 e 225), para que possa aumentar o leque de atuação do Direito Penal, se atinja a pessoa jurídica, em sua responsabilidade penal, juntamente com a de seus dirigentes (art. 2º).

(...)

Desse modo, com a modificação preexistente na Constituição Federal, abrindo o leque de opções para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, nos artigos 173 e 225, nada mais coerente que as normas infraconstitucionais fossem adaptadas ao preceito maior insculpido na Constituição, já que os preceitos do Código Penal e legislações extravagantes são perfeitamente adaptáveis, as quais, aliás, devem estar sempre ajustadas ao quadro maior previsto na Carta Política de um país.

Luis Regis Prado, por sua vez, adota posicionamento em sentido contrário. Sustenta que a própria norma teria estabelecido uma correlação significativa - conduta/pessoa física, atividade/pessoa jurídica. Desse modo, apenas as pessoas físicas poderiam praticar crimes, uma vez que somente elas possuem consciência e vontade, integrantes da conduta. As pessoas jurídicas, de outro modo, não praticam condutas, mas desenvolve uma atividade, que, em caso de violação à lei, podem sofrer a aplicação de uma sanção administrativa<sup>[27]</sup>.

Esta conclusão seria corroborada pelo disposto no art. 173, § 5º da Constituição da República ao dispor que as pessoas jurídicas sujeitam-se às punições que sejam compatíveis com a sua natureza, não se enquadrando nessa dimensão, portanto, as sanções penais.

Acrescenta, ainda, que este entendimento guarda pertinência com a principiologia constitucional, ressaltando-se os princípios da culpabilidade e da personalidade, e que, em razão disto, o art. 3º da Lei nº 9.605/98[28] afigura-se inconstitucional[29]:

Não obstante, em rigor, diante da configuração do ordenamento jurídico brasileiro – em especial do subsistema penal – e dos princípios constitucionais penais que o regem (*v.g* princípios da personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima etc). E que são reafirmados pela vigência daquele, fica extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade desse artigo, exemplo claro da responsabilidade penal por fato alheio.

Aderindo ao coro dos que não admitem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas na Constituição da República, René Ariel Dotti[30] se manifesta nos seguintes termos:

(...)

Logo a criminalização da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal impessoal é inconstitucional: as normas do art. 173, §5º e do art. 225, § 3º da Constituição, não instituíram – nem autorizaram o legislador ordinário a instituir – a *exceção* da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

(...)

Rebatendo a argumentação de que a Constituição teria estabelecido uma correlação significativa entre conduta e pessoa física e atividade e pessoa jurídica, posicionamento adotado por Luis Regis Prado, Fernando Galvão[31] aduz que em uma interpretação lógico sistemática ou teleológica tal ponto de vista não se sustenta:

A estrutura do dispositivo deixa claro que os infratores estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Em aposto explicativo, fica esclarecido que os infratores podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Por outro lado, o entendimento de que a Constituição teria deferido tratamento distinto às pessoas físicas e jurídicas levaria a concluir, também, que as responsabilidades da pessoa física ficariam restritas às sanções penais e a obrigação de reparar os danos. O que não é correto. Com certeza a pessoa física pode ser responsabilizada administrativamente pela lesão ao meio ambiente. Prova disto são as multas instituídas pelo Decreto 3.179, de 21 de setembro de 1999,

que regulamenta a Lei nº 9.605/98 e estabelece os parâmetros da responsabilidade administrativa para os casos de lesão ao meio ambiente.

Não obstante os debates acadêmicos sobre a existência de previsão constitucional para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, foi editada a Lei nº 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências) cujo o art. 3º possui o seguinte teor: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

O art. 21 da mesma Lei estabelece que são aplicáveis às pessoas jurídicas as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

O art. 22, por sua vez, discrimina como restritivas de direito as seguintes penas: a) suspensão parcial ou total de atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

O art. 23 fixa como penas de prestação de serviços à comunidade as seguintes: a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos e; d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Encerrando o tratamento das penas aplicáveis às pessoas jurídicas o art. 24 da Lei estabelece que:

**Art. 24** A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

É importante observar que a Lei nº 9.605/2005 não trouxe nos tipos penais o preceito secundário referente às pessoas jurídicas (fixação de pena), mas somente para as pessoas físicas.

Ademais, ao estabelecer as penas aplicáveis às pessoas jurídicas (art. 21), deixou de estabelecer os critérios de aplicação e os limites mínimos e máximos das sanções elencadas.

A respeito disso, Luís Paulo Sirvinskas argumenta<sup>[32]</sup>:

Não constam nos tipos penais as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, mas só às pessoas físicas. Assim, como aplicar as penas contidas na parte geral da lei às pessoas jurídicas? Como fazer a integração da parte geral à parte especial? Como fazer a dosimetria da pena? O legislador não estaria colocando nas mãos do juiz um poder que não lhe incumbe ao permitir fazer a integração das penas contidas na parte geral à parte especial? O Juiz não poderia impor a pena à pessoa jurídica sem respeitar um patamar entre o mínimo e o máximo, podendo, inclusive, determinar o fechamento da empresa com consequências graves e irreversíveis à sociedade? A pessoa jurídica não tem direito de saber de antemão a pena aplicável entre o mínimo e um máximo, bem como os tipos penais atribuídos à pessoa jurídica? As penas atribuídas às pessoas jurídicas seriam substitutivas das penas privativas de liberdade contidas na parte especial? Essa falta de integração não estaria ferindo o princípio da legalidade e da proporcionalidade da pena?

Além de atentar contra os princípios da legalidade e da proporcionalidade, a sistemática adotada pela Lei 9.605/1998, ofende, em última análise o princípio da individualização da pena.

Nesse aspecto, insta esclarecer que a individualização da pena ocorre em três momentos distintos.

Primeiramente a lei deve prever para cada um dos tipos penais a pena e o *quantum* em abstrato é aplicável (individualização legislativa). Ex: "Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa".

No segundo momento, o juiz, dentro dos parâmetros legalmente previstos, deve aplicar a pena que reputa mais adequada ao caso (individualização judicial).

Por último, em sede de execução, a pena deve ser cumprida de acordo com as particularidades do réu e o seu desempenho durante o cumprimento (individualização executória). Ex: progressão de regime, liberdade condicional, remição da pena<sup>[33]</sup>.

Desse modo, constata-se que a Lei nº 9.605/2005 violou o princípio da individualização da pena em sua perspectiva legislativa, o que, inexoravelmente, repercute nas demais instâncias, judicial e executória.

Além disso, de forma diversa do que ocorreu no Código Penal Francês, não foi adotado o princípio da especialidade, no qual se estabelece expressamente quais os crimes são aplicáveis às pessoas jurídicas. Desse modo, parte-se do pressuposto de que as pessoas jurídicas estão sujeitas a todos os crimes previstos na Lei 9.605/2005, o que acarreta insegurança jurídica tendo em vista o casuísmo em se identificar quais crimes poderiam ser praticados por pessoas jurídicas (crimes compatíveis a respectiva natureza).

Outro aspecto que o legislador brasileiro passou ao largo refere-se à criação de uma norma processual específica para os crimes praticados pelas pessoas jurídicas. Mais uma vez serve como parâmetro o Direito Francês.

Na França foi editada a denominada Lei de Adaptação (Lei nº 92-1336/1992) cujo escopo cingia-se à harmonização processual à responsabilização penal das pessoas jurídicas.

A ausência de normas processuais específicas levanta uma série de indagações que podem colocar em risco o princípio constitucional do devido processo legal. René Ariel Dotti<sup>[34]</sup> apresenta as seguintes questões:

(...)

Quem prestará em nome do “réu” ou da “ré” o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará em tal hipótese o interrogatório que, além de meio geral de prova é, também um elemento de defesa? Como se tornará efetiva a investigação policial ou mesmo a instrução criminal se a pessoa jurídica tiver vários centros de atividade e que o fato típico tenha sido gerado por mais de um deles? Quais as testemunhas a serem ouvidas, principalmente se a ré tiver também domicílio em outras comarcas do Estado e do País? E se for transnacional?

(...)

Sob o prisma das garantias constitucionais, Sérgio Salomão Shecaria<sup>[35]</sup> perquiri:

(...)

O réu, diferentemente da testemunha ou do perito, não está obrigado a dizer a verdade. Entretanto, no interrogatório da pessoa jurídica, realizado com a oitiva de seu representante legal ou até por preposto, estaria ele resguardado pelas garantias constitucionais da

ampla defesa ou figuraria como simples testemunha, sujeita ao cometimento de crime caso calasse ou faltasse com a verdade?

(...)

Para essas e outras indagações Ada Pellegrini Grinover apresentou uma série de respostas e concluiu:

Em conclusão, parece que nenhuma falta fez a ausência de regras processuais específicas quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico deve ser visto com um todo e nele se encontram as respostas adequadas para o tratamento da questão, observadas, naturalmente, as diferenças que existem entre as diversas disciplinas.

Observa-se, portanto, que a despeito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes ambientais ter sido implantada no direito brasileiro, a legislação correspondente carece de mecanismos que proporcionem maior segurança jurídica, assegurem os direitos e garantias fundamentais e lhe confirmem maior eficácia.

Por derradeiro, no tange ao art. 173, § 5º da norma constitucional, ainda recai dúvidas contundentes se com essa previsão quis também o legislador possibilitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os crimes praticados em detrimento da ordem econômica e financeira e contra a economia popular, fato que inequivocamente contribuiu para não ter sido editada lei a respeito do tema.

## **5 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS SOB O PONTO E VISTA DA CONDUTA, DA CULPABILIDADE E DO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA**

A análise sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas encontra obstáculos, segundo parte da doutrina<sup>[36]</sup>, num contraponto com a teoria do crime, há muito cunhada no direito penal, mormente no que diz respeito aos aspectos da conduta, culpabilidade, e personalidade da pena, razão pela qual serão objeto desse estudo.

### **5.1 Conduta**

A conduta, pode ser conceituada como ação ou comportamento humano. Rogério<sup>[37]</sup> Greco apresenta o seguinte conceito:

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda



dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia.

Calcado na premissa de que a conduta é um comportamento humano, César Roberto Bitencourt nega a possibilidade da prática de crime pelas pessoas jurídicas. Esclarece que mesmo adotando uma perspectiva realista da pessoa jurídica não seria possível equiparar a vontade desta à vontade humana[38].

É importante observar que em muitos ordenamentos jurídicos que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas há uma vinculação entre esta e da pessoa física, sem a qual aquela não poderia sofrer sanção penal. É o que observa, por exemplo, no direito francês que expressamente adotou a teoria do ricochete.

Algo similar ocorria no Brasil por meio da teoria dupla imputação cunhada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que restou alterado pelo julgamento Recurso Extraordinário nº 548.181/PR[39], em que a Suprema Corte brasileira desvinculou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas da responsabilidade das pessoas físicas.

Na linha do que restou decidido pelo STF, Carlos Gómez-Jara Díez aduz que determinadas organizações atingem certo nível de complexidade que, assim como ocorre com o psique humano – passam a denotar caracteres de autorreferencialidade, autocondução e autodeterminação. Assim, o dolo e negligência empresarial estariam materializados em determinado conhecimento organizacional do risco empresarial. Desse modo, o conhecimento organizacional não seria caracterizado pela soma dos conhecimentos individuais das pessoas que integram a pessoa jurídica, mas pela relação entre esses elementos de conhecimento[40].

Nessa linha Sérgio Salomão Shecaira explica[41]:

Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece, e cede lugar a outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva. Esse raciocínio de Afonso Arinos permite pensar em uma vontade, não no sentido próprio com se atribui ao ser humano, resultante da existência natural, mas sim em um plano

sociológico, eis que a existência da empresa decorre de sua formação surgida no seio da sociedade legítima.

Registre-se que essa perspectiva alinha-se aos preceitos da teoria realidade objetiva, já estudada em tópico específico, dado que a vontade da pessoa jurídica deve ser considerada totalmente impendente das pessoas físicas que a compõem ou administram, mostrando-se, dessa forma, não se tratar de mera ficção.

## 5.2 Culpabilidade

A culpabilidade, segundo a teoria tripartida, é o terceiro elemento do crime, sendo antecedido pela tipicidade e pela ilicitude (antijuridicidade), assim, não sendo culpável o autor do fato, não há que se falar em crime.

Segundo César Roberto Bitencourt[42], a culpabilidade é uma reprovação pessoal do agente do fato considerada a possibilidade que possuía no momento da ação ou da omissão de determinar-se de outra maneira.

Na mesma linha, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem que uma conduta é culpável *quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse*[43].

A doutrina em geral apresenta como elementos da culpabilidade os seguintes: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude (potencial consciência da ilicitude), exigibilidade de obediência ao direito (exigibilidade de conduta diversa).

A imputabilidade é a capacidade de ser culpável caracterizada por um aspecto cognoscivo e outro volitivo, ou seja, a capacidade de compreender como ilícita uma determinada conduta e de determinar a respectiva vontade diante dessa compreensão[44].

A possibilidade conhecimento da ilicitude, por sua vez, refere-se ao conhecimento da ilicitude do fato ou à possibilidade de atingir esse conhecimento. Inexistindo esse elemento aperfeiçoa-se o que se denomina erro de proibição (excludente de culpabilidade).[45]

Por derradeiro, a exigibilidade de obediência ao direito consubstancia-se pelo poder que o agente possuía ao tempo da ação ou da omissão de determina-se de acordo ou em desacordo com a norma jurídica[46].

Observa-se, portanto, que a culpabilidade, ao menos em sua concepção tradicional, está estritamente vinculada ao aspecto psicológico da conduta, o que seria de difícil compreensão quando o autor do ilícito for pessoa jurídica. Por esse motivo, parte da

doutrina tem defendido que não seria possível imputar responsabilidade penal às pessoas jurídicas, já que carentes do elemento psicológico, inerente ao ser humano.

Por estarem atreladas ao aspecto psicológico do agente, a conduta e a culpabilidade na responsabilidade penal das pessoas jurídicas enfrentam dificuldade similar, qual seja a existência de consciência e vontade daquele ente, assim como a reprovabilidade do seu agir calcado nesses elementos.

Conforme será demonstrado no subtópico abaixo, a doutrina e a jurisprudência tem evoluído para superar essa aparente incompatibilidade entre a natureza da pessoa jurídica e a responsabilidade penal.

### *5.2.1 Conceito construtivista de culpabilidade empresarial*

O conceito construtivista da culpabilidade empresarial, defendido por Carlos Gómez-Jara Díez<sup>[47]</sup>, afastando-se da concepção tradicional de culpabilidade, está fundamentado na organização empresarial e na cultura empresarial de cumprimento das leis (*compliance programs*).

Para teoria construtivista da culpabilidade as pessoas jurídicas compõem-se de comunicações que fazem as vezes de consciência das pessoas naturais (equivalente funcional). Assim, os atos realizados dentro do contexto social sujeitam-se, se típicos e antijurídicos, a um juízo de reprovabilidade.

Desse modo, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não estaria vinculada à responsabilização de uma pessoa física, consoante o que estabelecia a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR (teoria do ricochete do direito francês), já que aquelas são possuidoras de culpabilidade própria.

O autor defende que para ocorrer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deveriam ser respondidas as seguintes perguntas: 1) atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica; 2) atuou a pessoa física em benefício da pessoa jurídica; 3) possuía a pessoa jurídica uma organização adequada ao Direito; 4) possuía a pessoa jurídica uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade ambiental.

Aduz que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, baseada na organização empresarial e na cultura empresarial é mais justa e mais eficaz:

É mais justo, porque distingue adequadamente entre cidadãos corporativos fiéis ao Direito e aqueles que não o são – seria injusto considerar iguais duas empresas, uma com um sistema de

conformidade (*compliance*) efetivo, e outra que carece e qualquer *compliance*. E é eficaz porque ao permitir às empresas evitar a responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da legalidade, estas realizarão grandes esforços para implementar sistemas de organização e cultura conformes às normas do Direito brasileiro.

Não se está aqui dizendo que o conceito de culpabilidade apresentado neste tópico está isento de críticas, mas que vai ao encontro do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, adequando a tradicional teoria da culpabilidade a já positivada responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem a necessidade de se socorrer a um mecanismo de dupla imputação.

Por derradeiro, é de se observar que esse conceito já foi adotado na jurisprudência brasileira. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento da Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200[48], apresentou de forma expressa, como fundamento da respectiva decisão, o conceito construtivista de culpabilidade. Na decisão o Tribunal afastou o sistema da dupla imputação (teoria do ricochete) para possibilitar a continuidade da ação penal somente em relação à pessoa jurídica, uma vez que a culpabilidade da pessoa física estava extinta em razão da ocorrência da prescrição.

Entendeu o Tribunal, adotando a doutrina de Carlos Gomez-Jara Diéz, que as pessoas jurídicas são “sujeitos de direito como sistemas autopoieticos (sistemas autônomos e autorreferenciados), capazes de engendrar a si mesmos no contexto social e de interagir com base no todo comunicativo que integram”.

### 5.3 Princípio da personalidade da pena

O princípio da personalidade da pena encontra-se delineado no art. 5º, XLV da Constituição da República: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Pelo teor desse princípio a pena não poderá atingir pessoas diversas daquela a quem foi destinada. Cite-se por exemplo a pena de multa. Imposta a multa ao condenado, nenhuma outra pessoa poderá ser responsabilizada por ela, ainda que este não possua condições financeiras. O texto constitucional excetua duas hipóteses: a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens. A rigor, não se trata de exceções porque ainda nessas hipóteses a pena não atingirá o patrimônio de terceiro, mas sim aquele que pertencia ao *de cuius*.

Como visto, esse princípio é apresentado como obstáculo à atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, uma vez que sua condenação poderia atingir indiretamente pessoas inocentes, a exemplo dos sócios que votaram contra decisão mas foram vencidos ou aqueles que não tiveram participação no cometimento do delito.

Em sentido contrário, Sérgio Salomão Shecaira<sup>[49]</sup> aduz que a existência desse princípio constitucional não afasta a repercussão indireta da condenação em terceiros, mesmo nos casos de responsabilidade penal das pessoas físicas. Cita como exemplo a condenação de um pai que é arrimo de família. Uma vez preso, sua esposa e descendentes se veriam privados da renda que os sustenta. Do mesmo modo ocorreria na aplicação das penas de proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública. Ocorreria também repercussão indireta da pena no caso de aplicação de multa que inevitavelmente recairiam sobre o patrimônio do casal.

De forma similar ocorreria nos casos de aplicação de pena às pessoas jurídicas. De forma indireta os sócios inocentes estariam sujeitos aos efeitos da pena aplicada à aquela.

Portanto, é forçoso reconhecer que o argumento de que a responsabilização penal das pessoas jurídicas afrontaria do princípio da personalidade da pena não se sustenta

Observa-se que o texto normativo buscou, em verdade, proibir a aplicação direta de penas a pessoas alheias a prática do delito, e não afastar a incidência indireta dos efeitos da pena em outras pessoas, o que na prática se mostraria pouco factível.

## **6 A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181/PR E IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Conforme já dito alhures, o Superior Tribunal de Justiça, tendo vista o disposto no parágrafo único do art. 3º da lei nº 9.605/98, cunhou a denominada teoria da dupla imputação, que guarda similaridade com a teoria do ricochete do direito francês. Entendia aquela Corte que a pessoa jurídica deveria ser denunciada conjuntamente com a pessoa física, uma vez que aquela careceria de vontade própria, tomando-se por empréstimo, assim, o elemento subjetivo da pessoa física. A respeito do tema cita-se o seguinte arresto:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS. 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial

devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física – quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente<sup>[50]</sup>.

(...)

Não obstante esse ter sido um entendimento que contou com a ampla aceitação dos tribunais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, de relatoria da Min. Rosa Weber, julgado em 06 de agosto de 2013, admitiu a responsabilização penal de pessoa jurídica independentemente da responsabilidade penal da pessoa física. Entendeu a Corte que a Constituição da República, ao atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, não a condicionou à responsabilidade penal simultânea dos respectivos dirigentes, o que implicaria indevida restrição a norma constitucional, verbis:

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

buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181/ PR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 06/08/2013, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Nesse julgamento a Ministra Relatora, Rosa Weber, esclareceu que condicionar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas à da pessoa física, significaria o esvaziamento da teleologia da norma, que foi criada justamente com a finalidade de superar a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se comprovar que a ordem criminosa teve origem em determinada pessoa física, pois, em muitos casos as responsabilidades internas são diluídas ou parcializadas. E assim afirmou: "Ao se necessitar desta mesma comprovação para a responsabilização da pessoa jurídica estar-se-ia criando instituto inaplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram a sua criação".

Portanto, a adoção da teoria da dupla imputação implicaria quase em subordinar a responsabilização penal das pessoas jurídicas à condenação da pessoa física, já que, por um critério de coerência, a absolvição desta afastaria também a responsabilidade daquela.

Esse entendimento gerou grande repercussão e levou o Superior Tribunal de Justiça a alterar o entendimento até então consolidado, de modo a afastar a necessária aplicação da Teoria da Dupla Imputação para os crimes praticados por pessoa jurídica, conforme se verifica do julgamento do RMS nº 39.173/BA[51], julgado em 06 de agosto de 2015, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.

1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal

da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte.

3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Nesse julgamento é possível verificar de forma explícita a alteração do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para alinhar-se ao entendimento da Suprema Corte.

Assim, em razão da sistemática dos recursos repetitivos, os demais tribunais brasileiros tendem a adotar essa corrente de modo que não mais se considere como obrigatória a concomitante responsabilização da pessoa física e da pessoa jurídica para que a esta possa ser imputada uma infração penal.

## 7 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, constatou-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é tema de grande controvérsia doutrinária. No Brasil, apesar da doutrina majoritária se manifestar pela impossibilidade das pessoas jurídicas praticarem crime, a Constituição da República trouxe essa previsão no art. 225, §3º e no art. 173, § 5º, o que restou corroborado com o advento da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Verificou-se ainda que a lei nº 9.605/98, não consagrou todas as balizas necessárias à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Consoante ao que restou demonstrado ao longo do presente artigo, a referida lei não trouxe normas processuais específicas para as pessoas jurídicas, não definiu o *quantum* em abstrato das penas aplicáveis as essas pessoas, e deixou de assinalar quais os delitos seriam a elas aplicáveis (princípio da especialidade).

Essas omissões impõem à doutrina e à jurisprudência o trabalho de construir uma estrutura jurídica capaz de propiciar o devido processo legal assim como assegurar as demais garantias constitucionais, tais como individualização da pena.



Retomando o debate sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, registrou-se que o Superior Tribunal de Justiça sempre se manifestou pela possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais. Não obstante, possuía entendimento consolidado que para o recebimento da denúncia e consequente sentença condenatória, deveria ser aplicada a Teoria da dupla Imputação, uma vez que o elemento volitivo seria atributo exclusivo das pessoas físicas.

Tal entendimento, como visto, não foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR de relatoria da Ministra Rosa Weber, assentou que a Constituição da República não condicionou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas à das pessoas físicas. A partir desse julgamento o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento para alinhar-se ao que decidiu a Suprema Corte.

Diante dessa compreensão, vislumbra-se a necessidade de atribuir novos contornos à teoria do crime, antes calcada somente na pessoa física, para que os conceitos de vontade (dolo e culpa) e culpabilidade adotem uma nova dimensão, de maneira a compreender as pessoas jurídicas como sujeito ativo de um crime.

Nesse aspecto, o conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, delineado ao longo desse trabalho, pode vir ocupar papel de relevância na colmatação da teoria clássica de modo a conformá-la à nova realidade.

Conclui-se, portanto, que o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, não só atesta a previsão constitucional de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como esclarece que ela independe da imputação do mesmo fato a uma pessoa física. Ademais, cumpre o importante papel de fomentar a reformulação da tradicional teoria do crime, para que se adéque ao novo paradigma.

## **REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 37.293 - SP Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 02 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1282 mai 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 548.181/ PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Relatora: Ministra, Brasília, 06 de agosto de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 213/2014, p. 148, out. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.173 - BA Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: União. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1794, ago 2015.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIÉZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta à críticas formuladas. Revista de Ciências criminais, São Paulo, v. 21, n. 100.

GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

JÚNIOR, Arthur Migliari. Crimes ambientais. 2<sup>a</sup> ed. Campinas: Edições Ltda, 2004.

GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 17<sup>a</sup> ed. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. 9<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, v. 1.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <  
<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%Edica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: parte geral. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. A Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-98. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOTAS:

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.49.

[2] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 100.

[3] RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 67.

[4] GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 145.

[5] NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, v. 1, p. 207-208.

[6] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 101.

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 22ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, v. 1, p.309.

[8] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 103.

[9] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 103.

[10] KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 132.

[11] KIST, Ataíde. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 133.

[12] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: < <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

[13] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 64.

[14] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: < <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

[15] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 52.

[16] INGLATERRA. Interpretatoin act. 1889. Disponível em: <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1889/63/pdfs/ukpga\\_18890063\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1889/63/pdfs/ukpga_18890063_en.pdf)>. Acesso em: 15 dez 2015.

[17] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: < <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

[18] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: < <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

[19] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: < <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

[20] Estados Unidos da America. Model Penal Code, 1962. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>>. Acesso em: 21 dez 2015.

[21] Espanha. Código Penal y legislación complementaria. 2015. Disponível em: <[file:///C:/Downloads/BOE-038 Codigo Penal y legislacion complementaria.pdf](file:///C:/Downloads/BOE-038%20Codigo%20Penal%20y%20legislacion%20complementaria.pdf)>. Acesso em: 21 dez 2015.

[22] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <[http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade e%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf](http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf)>. Acesso em: 12 jan 2016.

[23] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações, 2012. Disponível em: <[http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade e%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf](http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf)>. Acesso em: 12 jan 2016.

[24] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 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: 23 fev. 2016.

[25] JÚNIOR, Arthur Migliari. Crimes ambientais. 2ª ed. Campinas: Edições Ltda, 2004, p. 88 e 89.

[26] No mesmo sentido: GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6/7.

[27] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 151 e 152.

[28] BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 23 fev 2016.

[29] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 151 e 152.

[30] DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

[31] GALVÃO, Fernando. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6/7.

[32] SIRVINSKAS, Luís Paulo. A Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-98. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23/24.

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 771.

[34] DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis; Dotti, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 188.

[35] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p.169.

[36] Nesse sentido: Luiz Regis Prado e César Roberto Bitencourt.

[37] GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 17ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 204.

[38] BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273-274.

[39] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 548.181/ PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Relatora: Ministra, Brasília, 06 de agosto de 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 213/2014, p. 148, out. 2014.

[40] DIÉZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista de Ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 415-451, 2013.

[41] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 110.

[42] BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404-405.

[43] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

[44] BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 407-408.

[45] BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408-409.

[46] BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 409-410.

[47] DIÉZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista de Ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 415-451, 2013.

[48] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Apelação criminal n. 0010064-78..2005.404.7200/SC*. Apelante: Ministério Público Federal. Recorrido: P.P.C. S/A. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012. *Diário Eletrônico da Justiça Federal*, Porto Alegre, ano 7, n. 196, p. 452-454, set. 2012.

[49] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 104-105.

[50] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso ordinário em mandado de segurança n. 37.293 - SP* Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 02 de maio de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 1282 mai 2013.

[51].BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso ordinário em mandado de segurança n. 39.173 - BA* Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: União.

Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1794, ago 2015.



## **ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DO TEMA REPETITIVO Nº 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ**

**CAIO VALENÇA DE SOUSA:** Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus UNICHRISTUS; Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera. Uniderp; Advogado<sup>83</sup>.

**Resumo:** O artigo analisará o tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a perspectiva do ativismo judicial e da judicialização da saúde. Abordará a evolução histórica da saúde pública, seu conceito e sua abrangência. Determinará o que é ativismo judicial e judicialização da saúde, suas semelhanças e distinções, bem como trará algumas críticas elaboradas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF – Luís Roberto Barroso sobre a judicialização da saúde. Por fim, discutirá o dever ou não de o Estado fornecer medicamentos não albergados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

**Palavras-chave:** ativismo. judicialização. medicamentos. STJ. STF. SUS.

**Abstract:** This article will analyze the repetitive theme number 106 of Superior Tribunal de Justiça – STJ – under the perspective of the judicial activism and health judicialization. It will approach the public health historic evolution, its concept and scope. Also, it will determine what is judicial activism and health judicialization, its similarities and distinctions, and it will bring some reviews created by the Minister of Supremo Tribunal Federal – STF – Luís Roberto Barroso about the health judicialization as well. Lastly this article will discuss the duty or not of the state to provide medicines not provided by Sistema Único de Saúde – SUS.

**Keywords:** activism. Judicialization. Medicines. STJ. STF. SUS.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito á saúde: evolução histórica conceito e amplitude. 2.1. Histórico do direito à saúde no Brasil. 2.2. Direito à saúde: conceito e amplitude. 3. Ativismo judicial e judicialização da saúde. 4. Fornecimento de medicamentos não albergados pelo Sistema Único de Saúde – SUS: análise do tema repetitivo n 106 do Superior Tribunal de Justiça STJ. 5. Considerações finais. Referências.

### **1.INTRODUÇÃO**

---

83 E-mail: caio@valencadvocacia.com

Escrever sobre ativismo judicial é tarefa árdua e inesgotável. A sobreposição do Poder Judiciário em relação aos demais poderes desde o estado democrático de direito, o neoconstitucionalismo e a supremacia dos direitos fundamentais é algo incontestável. Ademais, é função deste tutelar eventual violação de direitos, razão pela qual assume tamanha relevância no cenário político e jurídico atual.

O presente trabalho buscou reanalisar o tema, bem como fazer novas considerações acerca deste, especialmente no que toca ao direito fundamental à saúde, seu conceito, sua amplitude e sua evolução histórica, abordados no primeiro capítulo deste trabalho.

Tratar da judicialização da saúde é debater de forma acalorada sobre ativismo judicial. O assunto torna-se ainda mais importante diante da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que afetou em sede de recursos repetitivos (Tema repetitivo nº 106) a concessão de medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS – tratado no terceiro capítulo deste artigo.

Ainda não há posicionamento definitivo daquele tribunal, mas o debate do tema é sempre enriquecedor para a sociedade, tendo em vista tratar de temas caros àquela, tais como: direito fundamental à saúde; realização de políticas públicas voltadas para a saúde; dentre outros.

Sobre isto, o presente artigo analisará o tema repetitivo, bem como avaliará os aspectos negativos da judicialização da saúde.

Além disso, compreender o que vem a ser ativismo judicial e delimitar o que vem a ser ativismo judicial legítimo é assunto de elevada importância não só para os operadores do direito, mas para toda a sociedade, tendo em vista o cotejo a ser feito com o princípio da separação de poderes, valor caro ao ordenamento constitucional, conforme abordado no segundo capítulo.

Ademais, debater acerca do dever ou não do Executivo em fornecer medicamentos àqueles que ingressam com demandas judiciais, bem como suas implicações aos princípios orçamentários, ao próprio orçamento e à implementação de políticas públicas é de elevada importância jurídica, política e social.

## **2.DIREITO À SAÚDE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E AMPLITUDE**

O presente capítulo teve por fim abordar a evolução histórica da saúde pública no Brasil e, conseqüentemente, do direito à saúde, bem como o conceito deste e sua amplitude.

### **2.1. Histórico do direito à saúde no Brasil**

O conceito epistemológico do termo saúde deriva do latim, cuja raiz *salus* designava o atributo principal dos inteiros, intactos, íntegros[1]. Vale dizer, o conceito de saúde possui respaldo na ideia de integridade do indivíduo, de completude física e mental. Ser saudável é ser completo, é ser íntegro.

A evolução histórica da saúde tem berço na idade média, com conotação mais religiosa do que científica ou social, tendo em vista a posição de destaque da igreja neste período[2].

Contudo, escrever acerca da história da saúde é demasiado genérico e não é o objetivo deste trabalho. Abordar a evolução da saúde pública e o direito à saúde como decorrência desta é o desafio do presente capítulo.

Segundo Luís Roberto Barroso, a trajetória da saúde pública no Brasil tem início no século XIX, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil. Neste período, o objeto albergado pela saúde pública era ainda muito incipiente, limitando-se a ações de combate à lepra, à peste e a algum combate sanitário[3].

Apenas no início do século XX, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força policial e por abusos cometidos (prova disso é a Revolta da Vacina no governo de Rodrigues Alves) a atuação estatal passa a ser mais efetiva no campo da saúde, principalmente no controle de epidemias[4].

Ocorre que, durante este modelo, a atuação no setor de saúde pública era predominantemente preventiva. A atuação curativa ficava a cargo do setor privado[5].

Diante disso, não havia como se falar em direito material e individual à saúde propriamente dito, tendo em vista que a atuação estatal restringia-se ao atendimento genérico, prevenindo doenças e controlando epidemias.

Apenas em 1930 a prática curativa foi estruturada no setor público, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência – IAPs. Contudo, ainda não era universalizada em sua dimensão curativa, limitando-se aos trabalhadores que contribuía para os IAPs[6].

Durante o período militar, os antigos IAPs foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência social – INPS. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde[7].

Ocorre que boa parte da população brasileira não integrava o mercado de trabalho formal, fato que excluía este contingente do direito à saúde. Assim, é recente o preceito da

universalidade, de modo que apenas aqueles que contribuíam eram atendidos pela saúde pública no seu aspecto curativo. Os demais ficavam a cargo do setor privado.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde passou a ter a estrutura que possui hoje, com acesso universal e gratuito, efetivado por meio de políticas públicas tanto preventivas quanto curativas.

Conforme menciona Daniel Carlos Neto:

“Portanto, a atual constituição veio definir as obrigações do Estado em proporcionar a toda a população um serviço de saúde digno, mas também a adoção de políticas públicas para a redução dos problemas que afetam direta e indiretamente a saúde dos indivíduos. É a chamada promoção, proteção e recuperação mencionada no art. 196 da CF/1988”[8].

Assim, apenas com a promulgação da Constituição de 1988 será possível falar em acesso universal e gratuito à saúde, ou seja, a saúde como um instituto autônomo e independente, em relação à previdência social.

## 2.2. Direito à saúde: conceito e amplitude

A Constituição Federal de 1988 trata do direito à saúde em dois momentos do seu texto normativo. Primeiro no capítulo referente aos direitos sociais, tendo em vista a saúde ser um direito social, vale dizer, um direito de segunda geração que demanda prestações positivas do Estado, o chamado status positivo na Teoria dos Quatro Status de Georg Jellinek[9].

Também trata no capítulo referente à seguridade social, garantido ao direito à saúde status universal, como sendo um direito de todos e um dever do Estado, reiterando o caráter de segunda geração.

Para Alexy, o direito à saúde é um direito à prestação em sentido estrito:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”[10].

Trata-se, portanto, de um direito fundamental de segunda dimensão, nas palavras de Paulo Bonavides[11], que deriva do preceito da igualdade e da prerrogativa que o indivíduo possui de exigir uma prestação positiva do Estado.

Dirley da Cunha Jr. conceitua no mesmo sentido:

“Os direito sociais, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades espirituais e materiais mais precisantes (sic), objetivando resguardar-lhe um mínimo de segurança social, relativamente à saúde, à educação, à previdência, à assistência social, etc., como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Por assim dizer, são direitos que têm por propósito garantir um mínimo necessário a uma existência digna (o chamado mínimo existencial), traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social. Em razão disso, direitos sociais depende, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo”[12].

Assim, direitos sociais são direitos que demandam um fazer do Estado a fim de que este garanta o mínimo existencial, corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

O direito à saúde, portanto, pode ser conceituado como um direito social de segunda dimensão (demandando atuação positiva do Estado) corolário da dignidade da pessoa humana e preceito indispensável do direito à vida, que, no seu aspecto individual, visa à integridade física e mental do sujeito, e, no aspecto coletivo, à prevenção de doenças e à salubridade do meio social.

Dirley da Cunha Jr., conceituando o referido direito e comentando o artigo 196 da Constituição, retrata o caráter fundamental do direito à saúde:

“O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever o Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde”[13].

Assim, não há como conceituar o direito à saúde sem que se mencione o seu caráter fundamental e social. Fundamental por derivar do direito à vida, especialmente no

seu aspecto material, qual seja, o direito a uma vida digna e não apenas o direito de ter sua vida preservada (aspecto formal).

Social pelo seu caráter proativo de demandar do Estado posição dinâmica e não estática, como ocorre nos direitos de primeira dimensão. Assim, para garantir efetivamente o direito à saúde, o Estado deve promover políticas públicas voltadas para este setor, seja no combate a epidemias por meio de política de vacinação, seja na atividade curativa individual, por meio de hospitais públicos ou hospitais privados conveniados com o SUS.

### **3.ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Ativismo judicial é fenômeno que, conforme visto, deriva de uma posição de destaque do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Buscando-se nas suas fontes históricas, o ativismo origina-se, no Brasil, a partir do Estado Democrático de Direito, da Constituição de 1988 e das prerrogativas dadas por esta ao Judiciário.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República reproduz o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, de modo que nenhuma lesão ou ameaça de direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário.

No que pese a interpretação literal de tal dispositivo ensejar cláusula de abertura absoluta para o Judiciário intervir em toda e qualquer relação jurídica, não é a perspectiva que deve prosperar, sob pena de violar o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ativismo judicial expressa postura ativa do intérprete:

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* (sic) o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias”[14].

Barroso interpreta o fenômeno do ativismo judicial como uma forma de atuação do Judiciário, ou melhor, como uma atuação proativa, desvencilhando-se das amarras do processo legislativo ordinário e, por consequência, atuando como legislador positivo.

Neste conceito reside a maior crítica feita ao ativismo judicial: a falta de legitimidade democrática para atuar em ambientes que demandam dos seus atores a confirmação popular.

Melhor dizendo, o ordenamento constitucional atribuiu a cada um dos Poderes Constituídos prerrogativas próprias, de modo que o Legislativo e o Executivo, representantes da vontade popular, seriam os únicos legitimados a atuar dentro das suas competências, competências estas que demandam a confirmação popular como requisito de efetivação.

Martonio Mont'Alverne comenta tal crítica em estudo realizado sobre ativismo judicial:

“A renovação do pacto constituinte terá sempre diretiva de progresso, no sentido de oferecer à sociedade respectiva aperfeiçoamentos e melhorias no sentido de não torná-la escrava de si mesma ou de atores exteriores a si. Por isso é que a renovação do poder político terá sempre que se submeter ao crivo de quem o institucionalizou, isto é, o povo. Vistas as coisas sob este ângulo, outra não poderia ser a conclusão de que o Poder Legislativo é bem melhor tradutor das tensões sociais concretas, o que o habilita à categoria de potencial renovador do pacto constituinte, com a devida autorização popular, já que seus integrantes disputam regularmente a legitimidade por meio das eleições periódicas e regulares”[15].

Para o autor, ainda que doutrina contrária debata o tema afirmando haver legitimidade constitucional do Judiciário em atuar de forma ativista, referida legitimidade não se renova, já que os integrantes do Poder Judiciário não se submeteriam a nenhum tipo de controle popular[16].

Ora, considerar como legitimidade democrática a autorização dada pela Constituição Federal por meio do seu artigo 5º, inciso XXXV, para o Judiciário atuar de forma ativista acaba por deturpar o conceito de democracia, que possui como elemento caracterizador a periodicidade da manifestação popular por meio do voto.

Ainda sobre o tema, mas direcionando o assunto para a judicialização da saúde, ferrenhas são as críticas feitas ao ativismo judicial voltado para a saúde pública. Barroso elenca pelo menos sete críticas à judicialização da saúde[17]. Passemos a algumas delas.

A primeira é o caráter programático dos direitos sociais como um todo. No que toca à saúde, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 aduz que esta será garantida por meio de políticas sociais e econômicas.

Ora, os direitos sociais, como visto no tópico anterior, demandam atuação positiva do Estado, de modo que este somente poderá efetivá-los se houver recursos financeiros para tal.

No que pese os argumentos contrários feitos a esta crítica, não há como desvencilhar a implementação de direitos sociais do gasto público gerado. Estes são, por natureza, direitos que oneram o Erário.

Outra crítica seria o descumprimento do princípio da reserva do possível. Segundo Fernando Facuri Scaff, o princípio da reserva do possível pode ser conceituado da seguinte maneira:

“Reserva do possível” é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais. Cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas políticas que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo”[18].

Junto com o referido princípio, caminha a doutrina das escolhas trágicas, criada por Guido Calabresi e Philip Bobbit[19]. Fernando Facuri Scaff trata do assunto:

“Neste sentido, o conceito de escolhas trágicas é aplicável tanto à impossibilidade econômica que cada um de nós tem para o atendimento de nossas necessidades particulares, como de toda a sociedade para atendimento de suas necessidades por parte dos cofres públicos — daí a utilização do conceito como escolhas políticas”[20]

Nesta perspectiva, o princípio da reserva do possível é limite aos direitos sociais, pois estipula limites financeiros para o gasto com aqueles, fato que enseja a necessidade de escolher aquilo que seja mais interessante para a sociedade, ou seja, diante de várias opções que acarretariam melhorias para a sociedade, apenas algumas delas seriam efetivadas.

Assim, diante da limitação dos recursos públicos, o Estado, por meio do Legislativo, deve realizar as ditas escolhas trágicas, buscando aquilo que seja imprescindível para a sociedade diante de várias necessidades desta.



Acerca disso, comenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes:

“A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível (...)

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo”[21].

Desse modo, não há como demandar do Estado que a saúde pública acompanhe a evolução natural da medicina. Afinal, não há recursos financeiros para tal feito.

O que o Estado pode e deve fazer é implementar a saúde pública da forma mais eficiente possível, cumprindo políticas públicas elaboradas pelo Legislativo, sempre atentando-se para a finitude dos recursos públicos, a fim de não comprometer outras searas tão importantes quanto o direito à saúde.

Gilmar Mendes comenta tal crítica:

“Apesar disso, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção,

promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...)

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada”[22].

Não cabe ao Judiciário criar e executar políticas públicas, a primeira é competência do Legislativo, a segunda, do Executivo.

Assim, quando aquele determinar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos ao sujeito que os pleiteou judicialmente, acaba por desestruturar todo um arcabouço de recursos, competências, elementos físicos e materiais destinados à concretização da saúde pública, bem como violar o princípio da separação de poderes.

A desorganização da Administração Pública também é crítica realizada à judicialização da saúde. Segundo Barroso:

“São comuns, por exemplo, programas de atendimentos (sic) integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente (sic) o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do Jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”[23].

Sendo a execução das políticas públicas da competência do Executivo, este se programa para isto, seja por meio de criação de espaços físicos aptos a efetivarem a saúde pública, seja pela contratação de recursos humanos e materiais para tal.

Atuar de modo a quebrar a harmonia administrativa feita pelo Estado na execução das políticas de saúde viola a eficiência, princípio constitucional que rege a atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente, torna mais custosa a efetivação do direito à saúde.

Seguindo, outra crítica seria encontrada na análise econômica do Direito. Barroso trata do tema com maestria:

“Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como uma política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”[24].

Assim, enquanto o Judiciário realiza microjustiça, satisfazendo a pretensão de um indivíduo, o Estado deixa de realizar macrojustiça, violando o direito social à saúde de muitos.

A verdade é que não se pode conceber que um direito social seja efetivado por meio de justiça comutativa, ou seja, individualmente, mas distributiva, sob pena de inviabilizar sua efetivação, diante da finitude dos recursos públicos.

Ademais, os comentários acima acabam por desaguar na crítica técnica, que trata da ausência de expertise do Judiciário para tratar da saúde pública. Barroso também escreve sobre isso:

“Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como

avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça (sic), ao invés de macro-justiça (sic), cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”[25].

Ora, além de não ser competente para implementar políticas públicas, o Judiciário não tem o conhecimento macro de Administração Pública para distribuir recursos entre os diversos campos de atuação do Estado, nem mesmo para determinar o que é mais importante no campo específico da saúde.

Como mencionado, a atuação jurisdicional deriva de uma visão individual, ou seja, da provocação do jurisdicionado, de modo que o Judiciário jamais terá visão holística do problema generalizado que é a saúde pública, agravado quando aquele concede pretensões individuais no âmbito do direito à saúde.

Percebe-se que a judicialização da saúde pública vai além do ativismo judicial lícito, trazido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, ela usurpar competências dos demais Poderes, violando o princípio constitucional da separação de poderes.

Muito mais do que uma mera massificação de demandas judiciais, tal fenômeno acaba por comprometer toda a estrutura dada à saúde pública, ou seja, torna o que deveria ser um direito social em individual ao alvedrio daqueles que ingressam no Judiciário e resolvem pleitear algo.

O tema vai muito além da visão individual daquele que pede ao Judiciário, alcança toda a Administração Pública, bem como a elaboração de políticas públicas no geral, tendo em vista que, diante da finitude dos recursos públicos, ao conceder demanda individual, o Estado retira valor destinado à política pública voltada para a concretização do direito social à saúde, ou pior, de política pública voltada para a efetivação de outro direito social tão importante quanto aquela.

#### **4.FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO ALBERGADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS: ANÁLISE DO TEMA REPETITIVO Nº 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ.**

Feitas as devidas abordagens acerca do direito à saúde, do ativismo judicial e da judicialização da política, passemos ao estudo de caso: a análise do tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça.

O caso trouxe demanda contra o Estado do Rio de Janeiro, especificamente, o pedido de medicamentos voltados para o tratamento de Glaucoma. A pretensão foi concedida em caráter liminar e confirmada em sede de sentença.

O Estado apelou, mas o Tribunal de Justiça confirmou a sentença e julgou improcedente o apelo, fato que ensejou o Recurso Especial nº 1.657.156-RJ/2017, processo selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, para ser decidido em sede de recursos repetitivos. Vejamos a ementa da decisão:

“ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS. 1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016)”[26]

Na decisão de afetação, o Ministro Benedito Gonçalves delimitou o tema repetitivo para abranger tão somente o fornecimento de medicamentos não trazidos nos atos normativos do SUS, excluindo o fornecimento de tratamento médico.

“Além disso, são diversos os programas de fornecimentos de medicamentos pelo SUS, cada qual disciplinado por um ato normativo específico. Assim, a Portaria n. 1.554/2013 cuida do financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde. Já a Portaria n. 2.583/2007 define o elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde aos usuários portadores de diabetes mellitus. A Portaria 2.982/2009, por sua vez, trata da assistência Farmacêutica na Atenção Básica. A Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME) encontra sua disciplina na Portaria n. 1, de 2 de janeiro de 2015. Estes são somente alguns exemplos de atos que tratam da dispensação de medicamentos aos usuários do SUS. (...)

A proposta do ente público recorrente possui abrangência demasiadamente larga, ao incluir o fornecimento de medicamento e também quaisquer tratamentos terapêuticos que não se encontram incorporados ao Sistema Único de Saúde.

Tem-se que, o recurso repetitivo deve fixar-se tão somente na questão do fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. Isso porque os autos tratam tão somente dessa temática, não podendo o julgamento do caso repetitivo extrapolar os limites fixados pelo acórdão da Corte de origem e tratados na petição do recurso especial, sob pena de vulneração indevida do necessário requisito do prequestionamento[27].

Como se sabe, a afetação apenas restringiu o tema para que possa ser analisado em sede de recursos repetitivos pelo STJ, não havendo, até o presente momento, qualquer decisão em sentido contrário ou favorável ao dever de o Estado fornecer medicamentos não trazidos na lista do SUS.

Contudo, o fato de o STJ ainda não ter se pronunciado sobre o tema não nos impossibilita de deixar aqui alguns argumentos contrários ao dever de o Estado fornecer os tais medicamentos alheios à lista do SUS.

Sob uma perspectiva genérica, o já maltratado SUS não pode sofrer outro ataque, sob pena de ser inviabilizada a sua finalidade: efetivar o direito à saúde.

Como se não bastassem os excessivos pleitos individuais concedidos pelo Judiciário, que, como visto, desestruturam a máquina pública, violam o direito coletivo à saúde, a legalidade orçamentária, o princípio da eficiência, bem como da separação de poderes, entender como devido o fornecimento de medicamentos não contemplados pela lista do SUS acarretará dever genérico e irrestrito para o Estado de fornecer todo e qualquer medicamento pleiteado.

Ora, se o Judiciário constantemente se imiscui na competência dos demais Poderes determinando a implementação do direito à saúde sem o reconhecimento pelos Tribunais Superiores do dever de o Estado fornecer medicamentos não trazidos na lista do SUS, o contrário levaria a saúde pública à bancarrota.

Todas as críticas feitas à judicialização da saúde serão potencializadas acaso o STJ entenda devido o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS pelo Estado.

Também dará margem para o aumento de pleitos absurdos: a concessão de medicamentos experimentais, sem qualquer confirmação de efetividade pelos órgãos competentes e de elevado custo para o Erário. E pior, podendo, inclusive, agravar o estado de saúde do paciente.

Observa-se que tal dever causaria impactos negativos em dois âmbitos: no administrativo, pois acabaria por tolher a discricionariedade do Executivo em selecionar os medicamentos imprescindíveis à população de acordo com estudos técnicos, tendo em vista que estaria obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento pleiteado, destruindo qualquer política pública de atendimento farmacêutico; e no judicial, pois daria margem aos já mencionados pleitos mirabolantes.

Assim, diante da repercussão que será causada pela futura decisão do STJ acerca do tema, o que se espera da Corte é razoabilidade e visão holística do problema no seu julgamento.

Enxergar o direito à saúde como um direito social de fato, a ser implementado por políticas públicas, é a chave para o julgamento em questão. É, inclusive, a vontade do constituinte, tendo em vista o texto normativo previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho trouxe reanálise do tema ativismo judicial, dessa vez, sob a perspectiva da judicialização da saúde, analisando o tema repetitivo nº 106 do STJ, que afetou em sede de recursos repetitivos a questão do dever do Estado em fornecer medicamentos não abrangidos pelos atos normativos do SUS.

Sobre o direito à saúde, observou-se que o conceito trazido na Constituição é de um direito social, implementado por políticas públicas, e não de um direito absoluto ao melhor tratamento existente.

Inclusive, a própria análise histórica da saúde pública mostra o direito à saúde como um direito coletivo, sem espaço para pleitos individuais mirabolantes que só comprometem o referido direito social, diante da finitude dos recursos públicos.

Acerca do ativismo judicial e da judicialização da saúde, viu-se que são institutos distintos, mas estão interligados, de modo que as críticas feitas ao ativismo de um modo genérico alcançam a judicialização. A recíproca é verdadeira.

Na análise do estudo sobre o tema do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, foram abordadas algumas críticas trazidas por ele à judicialização da saúde, de modo que, na forma como se encontra, causa mais malefício que benefício à saúde pública.

Observou-se que o caráter programático dos direitos sociais impede a atuação inescrupulosa do Judiciário, tendo em vista que, como direitos que demandam um fazer do Estado, geram gastos ao Erário.

O princípio da reserva do possível é valor que deve ser levado em consideração. Não se trata de mero argumento irresponsável do Executivo a fim de não cumprir decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos ou tratamentos.

A desorganização administrativa é outro problema causado pela judicialização da saúde, pois viola o princípio constitucional da eficiência, já que o Estado deve retirar recursos destinados a políticas públicas e à estrutura destinada a sua efetivação para custear demandas judiciais individuais.

Quanto ao ativismo judicial em si, a violação do princípio da separação de poderes, fundamento da República, é crítica que há muito se discute. No campo da judicialização da saúde, a usurpação de competências pelo Judiciário, seja na criação de políticas públicas, determinando as escolhas trágicas a serem feitas, seja na execução daquelas, desestrutura toda a sistemática criada para efetivar o direito à saúde como direito social.

A expertise do Executivo, juntamente com seu corpo técnico, em executar políticas públicas deve prevalecer sobre a visão individual do Judiciário. Afinal, a jurisdição resolve conflitos individuais, realiza, como visto, microjustiça, ou seja, tem caráter comutativo apenas.

Além disso, a própria falta de legitimidade democrática do Judiciário para criar e executar políticas públicas é argumento contrário ao ativismo judicial que deve prevalecer, sob pena de violar o ordenamento constitucional, que determinou a competência de cada Poder de forma típica e atípica.

Quanto ao tema repetitivo nº 106 do STJ, no que pese ainda não haver decisão definitiva sobre o dever ou não de o Estado fornecer medicamentos não trazidos pelo SUS, viu-se que os argumentos contrários possuem significativa força.

Decisão favorável ao dever do Estado causaria sérios problemas ao custeio da já danificada saúde pública, pois daria margem a pleitos absurdos, conforme fora visto. Também acarretaria a potencialização das críticas feitas tanto ao ativismo judicial como à judicialização da saúde.

Assim, tentou-se mostrar por meio deste trabalho o quão negativo seria decisão do STJ no sentido de que o Estado deva fornecer medicamentos não contemplado pelo SUS. Por conta disso, este autor espera visão macro do problema que a saúde pública enfrenta e razoabilidade no julgamento do tema repetitivo pela Corte, além, claro, de um



juízo com base na unidade da Constituição Federal, tendo por base o ordenamento constitucional como um todo e não apenas o campo dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, p. 23-32, mar. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ED. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Dirley júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte.

LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Acesso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

## Notas

[1] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 9.

[2] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 10.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[5] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[6] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[7] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

[8] NETOS, Daniel Carlos. Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017, p. 23.

[9] JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte.

[10] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

[11] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563

[12] CUNHA, Dirley Júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 657.

[13] CUNHA, Dirley júnior. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 657.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, p. 23-32, mar. 2012, p. 17.

[15] LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direito fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006, p. 188.

[16] [16] LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direito fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006, p. 187.

[17] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[18] SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Aceso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

[19] Tragic Choices – The conflicts society confronts in the alloction of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978

[20] SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. Aceso em: 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542-543.

[22] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

[23] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[24] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[25] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em: 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

[26] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/05/2017.

[27] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/05/2017.

## INTERTEXTUALIDADE, SISTEMA PENAL E MÍDIA: ANÁLISE CRÍTICA DE DISCURSO APLICADA NO DIREITO

**RAFAEL ASSUNÇÃO GODINHO:**

Advogado. Inscrito na OAB, Seccional Tocantins. Professor Universitário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre em Linguística (UFT), Pós-graduado em Direito e Processo Constitucional (UFT). Doutorando em Direito (UniCEUB/DF)<sup>84</sup>.

**RESUMO:** Sob o título “Intertextualidade, sistema penal e Mídia: Análise Crítica do Discurso e Direito”, o presente artigo busca refletir, por meio de uma cuidadosa revisão bibliográfica, caminhos metodologicamente adequados a ACD para compreender a discursividade jurídica entre Mídia e Sistema Penal. O conceito privilegiado para a proposta metodológica é a intertextualidade manifesta e constitutiva das políticas criminais. Como que pela Mídia, ao longo da história, a produção, circulação e consumo de textos jurídicos vem sendo constrangida para adequar-se às necessidades hegemônicas da sociedade burguesa. Partindo de uma crítica à concepção que enclausura a língua nela mesma, buscamos refletir sobre a noção de cientificidade na linguística, no debate marxista sobre a filosofia da linguagem; os principais contornos e conceitos da Análise Crítica de Discurso que devem ser mobilizados; a visão crítica do complexo jurídico que inevitavelmente assume a forma política do Estado Burguês e sua relação com a ACD; e a relação entre a proposta metodológica de Norman Fairclough com a crítica da Criminologia Crítica sobre a relação intrincada entre Sistema Penal e mídia. **Palavras chave:** Intertextualidade; Sistema Penal; Mídia; Análise Crítica de Discurso.

*O paradoxo de que a um Estado social mínimo corresponda um Estado penal máximo conduz às conseqüências concomitantes de despolitização dos conflitos sociais e politização da questão criminal. (Nilo Batista)*

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca detalhar as categorias mobilizadas para a Análise de Discurso Crítica no direito e particularmente no sistema penal, pormenorizando aspectos

---

<sup>84</sup> E-mail: rafaelgodinho11@gmail.com

da estrutura social do direito, da mídia e do sistema penal associado as categorias de análise funda por Norman Fairclough na obra *Discurso e Mudança Social*. A crítica social as estruturas que abrigam as cadeias discursivas particulares precisam acompanhar a *Análise Crítica de Discurso*.

Há nos debates jurídicos, especialmente nas obras de Raul Zaffaroni e Nilo Batista, o entendimento de que ocorre uma parceria historicamente constituída entre mídia e sistema penal, de tal maneira, que Zaffaroni inclui as “agências de comunicação social” no rol de “agências do sistema penal”. Mostrando-nos que as compreensões ideológicas vinculadas no rádio, nas tv’s, nos jornais e seus editoriais, constroem os sentidos e as avaliações sociais que direcionam o sistema penal brasileiro.

Para Fairclough (1991) a noção de poder por trás do discurso está relacionado com a desigualdade de acesso aos discursos, além do que, em nosso caso, adotando a perspectiva de Zaffaroni sobre o papel da mídia no sistema penal, precisamos perceber como, em quais circunstâncias políticas sociais e histórica os textos, o discurso, são produzidos, postos em circulação e consumidos.

Assim sendo, buscaremos – como Norman Fairclough – conjugar teoria social e análise lingüística crítica para apresentar uma proposta metodológica compatível a formação social brasileira. Para tanto, guardando coerência com o quadro conceitual da *Análise Crítica de Discurso*, em sua compreensão mais unitária sobre o poder, mobilizaremos para a análise a intertextualidade constitutiva e manifesta, de caráter irreversível, entre mídia e sistema penal. Os textos jurídicos do sistema penal não são elaborados, posto em circulação e consumidos sem o constrangimento midiático. Ao menos desde a instalação, em 1808, da Impressão Régia e da censura nas atividades de uma junta administrativa que velaria para que “nada se imprimisse contra a religião, o governo e os bons costumes” (SODRÉ, 1966,p. 23).

O problema principal que motivou a pesquisa é de diagnosticar aspectos da estrutura social imbricados nos mecanismos discursivos que evidenciam os contrangimentos e a intertextualidade na cadeia intertextual do direito e em particular do sistema penal; compreendendo aspectos da estrutura textual postos para funcionar sob o domínio de ideologias específicas e cultura jurídica bem situada nas possíveis compreensões sobre o papel da pena.

De início já é possível perceber que o trabalho não possui uma área específica, pra chamar se sua, ou mesmo ramo exclusivo do Direito. Isto ocorre, uma vez que estamos na fronteira entre a Linguagem e o Direito. A citada característica constitui a justificativa da pesquisa de aprofundar as elaborações teóricas sobre as determinações sociais intrínsecas ao discurso jurídico. Buscando o caminho científico adequado – não aprisionado no cientificismo positivista ou na antiideologia althusseriana (MEZAROS,

2014, p.259) – para desvelar a “auto-imagem” dos fenômenos discursivos determinantes na composição da realidade jurídica, isto é, das relações jurídicas.

O objetivo da pesquisa constitui em identificar a relação intertextual específica entre mídia e sistema penal. A fundamentação metodológica está ancorada na Análise Crítica de Discurso, associada à filosofia da linguagem de Volóchinov (2018), as compreensões de ideologia de István Meszaros (2014) as quais não partem de um corte epistemológico das obras marxianas, possuindo fôlego para compreender o debate ideológico de Marx em sua elaboração total, os estudos sobre Sistema Penal e Mídia para Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, dentre, é claro, outros diálogos teóricos que acompanham o presente artigo.

## **FILOSOFIA DA LINGUAGEM**

Nos anos 20 e 30 do século XX quando supunha-se o “giro lingüístico” que superava a filologia e dava início a lingüística moderna – tendo em Ferdinand Saussure e a Escola de Genebra os marcos teóricos – o Círculo de Bakhtin, particularmente a obra *Marxismo e Filosofia da Linguagem*, de autoria de Valentin Volóchinov, já apresentava certa ressalva na capacidade do “giro”, isto é, da lingüística moderna, de paternidade Saussuriana, adepta do objetivismo abstrato, em compreender a língua viva dentro de um sistema que a esvazia de seu conteúdo ideológico.

A lingüística surge onde e quando surgem as necessidades filológicas. A necessidade filológica gerou a lingüística, a embalou no berço e deixou a flauta filológica em seus lençóis. Essa flauta é destinada a despertar os mortos. No entanto, faltam-lhes sons para dominar a linguagem viva na sua formação ininterrupta (Volóchinov, 2018, p.183)

Para nós, a ponderação de Volóchinov é um importante componente metodológico dos estudos lingüísticos de pretensão crítica. Afinal, quais são os objetivos que estão na base da abstração lingüística que encaminha-nos ao sistema sincrônico da língua? E mais, de qual ponto de vista esse sistema é produtivo e imprescindível (VOLÓCHINOV,2018). Portanto, na condição de apontamento preliminar, parece-nos adequado certa ressalva teórica ao “giro lingüístico” que supostamente supera a filologia e inaugura uma ciência (moderna) de objeto puro: a língua.

Ferdinand Saussure não deixa de tratar a língua como se morta fosse, alheia a fala, aprisionada em um enunciado isolado, finalizado e monológico (VOLÓCHINOV, 2018). Vários pensadores do Direito se entusiasma com o giro da “Escola de Genebra”, desde Kelsen, passando por Luhmann e Luis Alberto Warat (OLIVEIRA, p.58). No que

pese os méritos de uma ciência particular para refletir sobre a língua, a reflexão de fôlego filosófico sobre a linguagem, que aqui nos propomos, pretende resgatar o caráter ideológico do signo lingüístico, percebendo que o estudo científico da língua e da linguagem é anterior a linguística saussureana, para posteriormente alcançar as bases da Análise Crítica de Discurso e sua relação com o Direito.

Há um debate, longe de ser superado, sobre o surgimento da abordagem científica em torno da comunicação, das línguas e da linguagem. É costumeiro reduzir ciência à ciência moderna. Isso ocorre, pois a organização do método científico que superou o pensamento baseado no paradigma "Greco-medieval" fora tão impactante que método científico passou a equivaler método científico moderno (TONET, 2013). O que é anterior a Copérnico, Kepler, Newton, Kant, pra citar alguns expoentes, não é moderno, portanto não é científico, ou se o é, acompanha extensas ressalvas.

O pensamento moderno e científico nesse marco fora impulsionado pelas revoluções industriais. Este marco histórico é fundamental. A ciência moderna é expressão teórica do seu tempo. No entanto, a pretensa neutralidade e a estatura de estar acima das concepções ideológicas afastaram o método científico dos seus vínculos histórico-sociais.

Já em Aristóteles, segundo a pesquisadora Gilmásia Macedo da Costa (2018), a linguagem era tratada cientificamente. E assim continuou sendo o tratamento da linguagem no medievo: em termos filosóficos. Evidentemente trata-se de concepções filosóficas distintas, mas o fato é que a reflexão científica sobre a linguagem dava-se em termos filosóficos. Com a passagem do pensamento medieval para o moderno tivemos um processo de autonomização da ciência em relação a filosofia, o qual conduz o pensamento científico a se tornar cada vez mais particular.

Teorias sobre a linguagem têm origem desde longa data. Na Grécia Antiga, já se encontram investigações e teses sobre o caráter natural ou arbitrário da linguagem, que Aristóteles em *De interpretationes* discutia com Górgias e Antístenes, dando origem a diferentes modos na sua interpretação, cuja difusão na Idade Média impulsionará o estudo da gramática no mundo ocidental. Inicialmente tratada filosoficamente, a linguagem tornou-se uma disciplina peculiar denominada Filologia, ocupada especialmente com a evolução histórica das línguas segundo sua manifestação em textos e obras literárias. A partir da modernidade, torna-se mesmo objeto de uma ciência específica, a Linguística, nos moldes das ciências modernas particulares e autônomas. (MACÊDO, Gilmásia, Anuário Lukács, p. 131)



O início de uma ciência específica para o tratamento da linguagem e da língua inicia-se, talvez, a exemplo dos trabalhos de Bopp, Saussure e Chomsky (COLOMBAT 2017, pag. 18). No entanto já havia um tratamento científico filosófico. O que não havia era um tratamento científico particular, elegendo um objeto “puro” e específico.

A lingüística vive o seu fortalecimento e sua crescente autonomização, em relação a filosofia e aos outros campos do conhecimento, no século XX. O referido marco histórico, por sua vez, foi palco de disputas políticas, econômicas, militares e teóricas acirradas. As disputas teóricas se davam em torno dos fenômenos sociais, suas apreensões e explicações e suas conseqüências. Em se tratando de lingüística a tendência teórica prevalente – em meio às disputas – foi o estruturalismo.

O estruturalismo - aqui seguimos as observações de Carlos Nelson Coutinho - constitui um pensamento que se apresenta falsamente como objetivo, pois a objetividade científica apresentada está desconectada das bases objetivas reais: as relações sociais de produção, a dinâmica econômica, as relações de trabalho (COUTINHO, 2010). A língua e a linguagem não se realizam de maneira isolada, desconectada dos outros elementos da vida. Pelo contrário, são nas relações ininterruptas com os diversos elementos constitutivos da realidade que a língua e a linguagem alcançam a existência.

A realidade efetiva da linguagem não é o sistema abstrato de formas lingüísticas nem o enunciado monológico isolado, tampouco o ato psicofisiológico de sua realização, mas o acontecimento social da interação discursiva que ocorre por meio de um ou de vários enunciados

Assim, o estruturalismo Saussuriano talvez tenha condições de apresentar uma compreensão pura das estruturas do enunciado, na medida em que os isola do “auditório social”. Ocorre que a situação e o meio social, isto é, a reprodução total da sociabilidade capitalista, nas palavras de Volóchinov (2018) determina completamente e, por assim dizer, de dentro, as estruturas do enunciado.

(...)a situação forma o enunciado, obrigando-o a soar de um modo e não de outro, seja como uma exigência ou um pedido, seja como a defesa de um direito ou como uma súplica por piedade, seja em estilo pomposo ou simples, seja de modo confiante ou tímido. Essa situação mais próxima e os participantes sociais imediatos determinam a forma e o estilo ocasionais do enunciado. As camadas mais profundas da sua estrutura são determinadas por ligações sociais mais

duradouras e essenciais, das quais os falantes participam (VOLOCHINOV, p.207)

Não trata-se de uma “recriação a Saussure”, como fez constar Pêcheux (2012) em sua defesa estruturalista no artigo “A Língua inatingível”. “Não devemos recriar Saussure por ter trabalhado com um objeto específico”, disse a grande referência do marxismo althusseriano em matéria lingüística. Pêcheux estava tão comprometido com a leitura althusseriana de Marx que, como os demais adeptos, ficou preso nos pressupostos acriticamente adotados pelo cientificismo (MÉSZÁROS, 2014, p. 258). Para nós, seguindo uma reflexão feita por István Mészáros, o marxismo de Lois Althusser, “assujeitado” pela antiideologia do pós-guerra, elaborou suas interpretações sobre as obras de Marx, baseado em um discurso fetichistamente orientado para a ciência (MESZAROS, 2014, p. 258).

Não foi por acidente que a leitura positivista de Althusser da obra de Marx ( não apenas do Capital), realizada para extrair desta uma ciência ficticiamente “antiideológica”, esteve associada a uma cruzada contra o conceito “ideológico” da alienação, baseada na afirmação totalmente infundada (refutada pelo texto citado dos Grundrisse, assim como por inúmeras outras passagens da mesma obra e de O capital etc) de que aquele conceito “desaparecera” do Marx “maduro” (MÉSZÁROS, 2014, p.248)

A tarefa de construir uma ciência sem ideologia é impraticável, tendo em vista que onde há signo há também ideologia. Neste ponto nos aproximamos das elaborações teóricas de Volóchinov (2018) e Mészáros (2014) e nos afastamos de Louis Althusser e Pêcheux. Assim como a ideologia, a ciência refrata e reflete outra realidade que se encontra fora dos seus limites. Nenhum signo científico permanece isolado, uma vez que passa a fazer parte da “unidade da consciência verbalmente formalizada” (VOLOCHINOV, 2018). O que queremos aqui é situar a pesquisa no debate sobre os limites do que seria ideológico e científico.

Ao questionar o progresso científico Saussuriano, Volóchinov (2018) diz que considerar a língua um sistema estável de formas normativas idênticas configura uma abstração científica não adequada à realidade concreta da língua (p.224). A existência concreta e real da língua, no quadro sógnico do estruturalismo, é refratada. Mas afinal, o que seria a língua? A base da língua, sempre em ininterrupta formação, é a interação sociodiscursiva dos falantes, sendo os enunciados as unidades reais do fluxo da linguagem (p. 221).

Na interação sociodiscursiva as leis de formação da língua são, em essência, leis sociológicas as quais não podem ser isoladas das atividades dos falantes. Para uma correta Compreensão das leis da formação da língua, precisamos considerar seu "auditório social", as interações implicadas, os sentidos e os valores ideológicos que a constituem. A realidade da língua não cabe, segundo Volóchinov, no sistema abstrato de prescrições. Compreende-la significa considerar o fenômeno real da linguagem: o enunciado em sua totalidade; o diálogo; e a comunicação discursiva (p.219).

O diálogo pode ser compreendido de modo mais amplo não apenas como a comunicação direta em voz alta entre pessoas face a face, mas como qualquer comunicação discursiva, independentemente do tipo.(...) Além disso, esse discurso verbal é inevitavelmente orientado para discursos anteriores(VOLOCHINOV,p.219)

Além do caráter histórico, o discurso, a comunicação parte de determinada situação. Nessa relação concreta com a situação, a comunicação é sempre acompanhada por atos sociais de caráter não discursivos ( VOLÓCHINOV, 2018, .p220.). Para os objetivos da pesquisa, partindo da preocupação do filósofo russo com a "língua viva", nos interessa a estatura da interação discursiva e da comunicação social em sua relação com as condições concretas que a possibilitam.

## **ANÁLISE DE DISCURSO CRÍTICA**

A concepção crítica discursiva de Fairclough, para nós, não contraria o conceito de interação discursiva na já citada obra de Volóchinov (2018). Para o autor Russo o conceito compreende duas dimensões inter-relacionadas: o modo de formação da consciência pela linguagem e a realidade fundamental da língua. A consciência ganha o plano da existência na medida em que encarna os signos ideológicos que se formam no processo de interação discursiva, ao passo que, na segunda dimensão a interação discursiva é o acontecimento social.

Vale ressaltar, antes de prosseguir, que o considerado pilar dessa área de estudo, isto é, da categoria de discurso, foi o lingüista estruturalista Zelling Harris, em 1950 (MAGALHÃES, 2017, p.22), possibilitando uma análise mais ampla nas investigações lingüísticas. Fairclough (2016) desenvolve uma teoria tridimensional de discurso que focaliza a variação, a mudança e a luta: variabilidade entre as práticas e heterogeneidades entre elas como reflexo sincrônico de processos de mudança histórica que são moldados pela luta entre as forças sociais (FAIRCLOUGH, 2016). O discurso é apresentado pelo autor britânico como prática social, numa ininterrupta relação dialética

entre discurso e sociedade, isto é, as estruturas sociais. A análise de discurso não substitui a rigorosa análise das estruturas sociais.

Há uma qualidade inovadora no entendimento de Fairclough, ao desvendar a relação dialética, dinâmica, entre discurso e sociedade, que possibilita as mudanças sociais, pelas práticas discursivas modeladas pelo grau de relação com as estruturas sociais. Por estrutura, entende-se as diversas instituições sociais, tais como Estado e Família, os campos da ciência, mídia, Direito, religião, inclusive, a linguagem; suas doutrinas, normas e convenções, assim como relações e identidades, inerentes às posições de sujeito articuladas em seus respectivos limites de interação. Ou seja, as práticas sociais e discursivas são localizadas dentro de uma realidade material (FAIRCLOUGH, 2016, p.87). Aqui, no lugar reservado a investigação das estruturas sociais e sua relação com o discurso, residi a principal reserva de Norman Fairclough à Michel Foucault.

Minha reserva final sobre Foucault relaciona-se a sua percepção valiosa das propriedades constitutivas do discurso. Embora eu aceite que tanto os objetos quanto os sujeitos sociais sejam moldados pelas práticas discursivas, eu desejaria insistir que essas práticas são constrangidas pelo fato de que são inevitavelmente localizadas dentro de uma realidade material, constituída, com objetos e sujeitos sociais pré-constituídos. Os processos constitutivos do discurso devem ser vistos, portanto, em termos de uma dialética, na qual o impacto da prática discursiva depende de como ela interage com a realidade pré-constituída. Com respeito aos objetos, talvez seja útil usar ambos os termos referenda e significação: o discurso inclui referência a objetos pré-constituídos, tanto quanto a significação criativa e constitutiva dos objetos. Aqui, de novo, as análises da prática real e do texto real são um corretivo importante ao exagero de Foucault sobre os efeitos constitutivos do discurso (FAIRCLOUGH, 2016 [1992], p.87).

Para corrigir os exageros de Foucault, o autor britânico considera que “os eventos discursivos específicos variam em sua determinação estrutural segundo o domínio social particular ou o quadro institucional em que são gerados” (FAIRCLOUGH, 2016, p.91), tendo relação direta e dialética com as classes sociais, suas ideologias, no contexto da luta por hegemonia, demonstrando uma intenção de atribuir unidade à noção de poder.

Segundo o autor, o discurso é socialmente constitutivo, seja enquanto prática tradicionalista ou inovadora. Apesar da ressalva, Fairclough (2016) assume a perspectiva foucaultiana, em que o discurso é visto nos termos de regras de formação específicas, cuja articulação histórica propicia a emergência dos objetos, dos sujeitos, dos conceitos, referentes a quaisquer disciplinas científicas, assim como aos espaços da vida cotidiana, compondo uma polivalência tática, um uso estratégico, que para Fairclough(2016) aponta uma percepção valiosa dos processos de luta ideológica no discurso, em um modelo de luta hegemônica. Em suma, “[o] discurso é uma prática, não apenas de representação do mundo, mas de significação do mundo, constituindo e construindo o mundo em significado”.

O Discurso é tanto efeito quanto condição das estruturas ou complexos sociais (FAIRCLOUGH, 2016). Tal compreensão nos impõe diversas tarefas teóricas e metodológicas para alcançarmos os objetivos da pesquisa em questão. Para compreendermos especificamente a intertextualidade constitutiva e também manifesta entre Mídia e Sistema Penal, precisamos investigar de maneira pormenorizada os traços dessas estruturas sociais, seus textos e discursos.

O discurso é moldado e restringido pela estrutura social no sentido mais amplo e em todos os níveis: pela classe e por outras relações sociais em um nível societário, pelas relações específicas em instituições particulares, como o direito, ou a educação, por sistemas de classificação, por várias normas e convenções, tanto de natureza discursiva como não-discursiva, e assim por diante. Os eventos discursivos específicos variam em sua determinação estrutural segundo o domínio social particular ou o quadro institucional em que são gerados (FAIRCLOUGH, 2016[1992], p. 91).

Apenas para destacar o percurso posterior e sua integral relação com a concepção de Discurso reivindicada neste trabalho acadêmico, trataremos do Complexo Jurídico, suas especificidades no caso brasileiro, e as noções de luta por hegemonia em sociedades de capitalismo tardio e avanço neoliberal. Tal itinerário não é opcional, mas um caminho coerente à concepção de Discurso e Evento Discursivo para o pensamento faircloughiano.

Pois bem, voltemos a conceituação discursiva. Fairclough identifica as dimensões de sentido no Discurso às funções da linguagem. Como já vimos à linguagem não é identificada como algo individual, mas moldada socialmente pela interação discursiva, tendo função identitária, relacional e ideacional. O identitário diz respeito ao

modo como as identidades são postas e cristalizadas no discurso; a relacional identifica as relações sociais entre os participantes, como a relação negociada e representada; e a função ideacional tem o que ver com a forma como os textos significam o mundo e seus processos, identidades e relações (FAIRCLOUGH, 2016[1992]).

Ao vincular o Discurso às funções da linguagem o autor alerta-nos para a constituição social do discurso que contribui para a construção das identidades sociais, posição de sujeito, relações sociais, e sistema de conhecimento principalmente pela função ideacional presente nos textos. Assim Fairclough apresenta a sua concepção de Discurso baseada em três dimensões inter-relacionadas, dialeticamente: prática social, prática discursiva e texto.

O processo discursivo ancora-se em três pilares e por meio deles se reproduz: os textos, as práticas discursivas e as práticas sociais. Essa concepção tridimensional foi formulada por Fairclough (2001<sup>a</sup>), para quem a Análise de Discurso deve recorrer a três tradições de investigação teórica. A tradição da análise textual e lingüística, surgida no campo da lingüística, a tradição macrossociológica de análise da prática social e a tradição interpretativa ou microssociológica, que leva em conta como as pessoas produzem ativamente e entendem a realidade social ao partilhar o senso comum (MAGALHÃES, 2017, p. 42).

Há tempo, precisamos destacar que, segundo David Barbosa de Oliveira em seu trabalho doutoral (2015, p.82), seguindo mesmo entendimento de Resende, em um enquadramento teórico mais recente da Análise Crítica de Discurso “a centralidade do discurso como foco dominante passou a ser questionada e o discurso passou a ser visto como uma dimensão das práticas sociais”. Disso não extraímos que Fairclough abandona essa primeira apresentação tridimensional de sua teoria, apenas “fortalece a análise da prática social, constituída pelo discurso (semiose), a atividade material”(OLIVEIRA, p.82), as relações sociais em relação de determinação reflexiva com as estruturas da sociedade.

Para nós essa postura de Fairclough, constatada por Rezende e David Barbosa de Oliveira, em pesquisas distintas, reforça a aproximação do autor britânico a Karl Marx, especialmente sobre a interação das relações materiais precederem as formas discursivas.

Isto significa que não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam e pensam nem daquilo que são nas palavras, no pensamento, na imaginação e na representação de outrem para chegar aos homens em carne e osso; parte-se dos

homens, da sua atividade real. É a partir do seu processo de vida real que se representa o desenvolvimento dos reflexos e das repercussões ideológicas deste processo vital. Mesmo as fantasmagorias correspondem, no cérebro humano, a sublimações necessariamente resultantes do processo da sua vida material que pode ser observado empiricamente e que repousa em bases materiais. Assim, a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, tal como as formas de consciência que lhes correspondem, perdem imediatamente toda a aparência de autonomia. Não têm história, não têm desenvolvimento; serão antes os homens que, desenvolvendo a sua produção material e as suas relações materiais, transformam, com esta realidade que lhes é própria, o seu pensamento e os produtos desse pensamento (MARX, 2007 [1845 – 1846], p.5)

Entendemos que a perspectiva de Fairclough não atribui ao discurso uma autonomia absoluta em relação à realidade material, às estruturas sociais. Por esse entendimento as práticas discursivas são concebidas na sua relação com os textos e com as práticas sociais. Há, certamente, um caminho metodológico para superar uma visão fragmentada, buscando uma elaboração unitária que não apague as especificidades de cada dimensão do discurso, mas que compreenda a qualidade das relações dialéticas de determinação reflexiva. Portanto, a teoria tridimensional de Fairclough, para nós, busca superar, em alguma medida, um problema apontado por Eagleton (1997): a inflação da categoriadiscurso.

A categoria do discurso é inflada a ponto de imperializar o mundo todo, elidindo a distinção entre pensamento e realidade material. O efeito é solapar a crítica da ideologia – pois se as idéias e a realidade material são dadas indissolúvelmente juntas, não pode haver a questão de perguntar de onde vêm as idéias sociais. O novo herói “transcendental” é o próprio discurso, que, aparentemente, é anterior a tudo mais. (EAGLETON, 1997, p.192)

A primeira dimensão do entendimento de discurso faircloughiano que apresentaremos é a compreensão de texto. Por textos – inerentemente intertextuais – compreende todos aqueles produzidos nas mais diversas situações sociais, seja formal, um texto jurídico, por exemplo, ou informal; tanto os falados, quanto os visuais. Na dimensão textual temos a descrição das propriedades gramaticais – vocabulário,

construções sintáticas, coesão e coerência – e discursivo, com a argumentação, a retórica, o emprego da modalidade e da negação, que parecem como marcas ou pistas para compreensão e interpretação de textos (MAGALHÃES, 2017, p.43).

Para Fairclough os textos são resultado de práticas sociais discursivas. Mas não é apenas a elaboração do texto que possui uma dimensão social. Sua circulação, interpretação e consumo envolvem aspectos institucionalizados na sociedade.

As instituições, como são o caso das jurídicas em seus mais variados níveis, desde as comarcas até o Supremo Tribunal Federal, mantêm-se e reproduzem-se recorrendo a práticas discursivas. Mas antes de elaborar seus textos e práticas discursivas o direito, o complexo Jurídico, se constitui enquanto práticas sociais, ou seja, modos de agir habituais, em tempos e espaços específicos, pelas quais as pessoas conjuntamente investem recursos materiais ou simbólicos, conectando estruturas abstratas (como a linguagem) aos mecanismos e eventos concretos (julgamento jurídico) (OLIVEIRA, p 82)

Diante do que fora dito até aqui, podemos considerar que a interpretação de um texto, assim como a natureza da linguagem e da interação discursiva, não constitui um ato individual isolado, de livre criação. Ao contrário, os textos buscam não revelar em sua superfície sua “auto-imagem”, sua orientação ideológica. Eles posicionam o “consumidor” (comumente somos tratados como tal pela estrutura social capitalista) por meio da pistas de uma maneira que ele traz ideologias para a interpretação dos textos – e as reproduz nesse processo (FAIRCLOUGH, 1989, p.85).

São essas pistas, as culturas jurídicas e ideologias presentes nos textos, em particular os do sistema penal, que buscamos revelar no decorrer do percurso metodológico desenvolvido pelo presente artigo. Para tanto mobilizaremos conceitos imprescindíveis da Análise Crítica de Discurso, focando na intertextualidade manifesta e constitutiva, enquanto caminhos metodológicos para a análise do textos jurídicos que encontram-se na fronteira entre o penal e o midiático.

A noção de intertextualidade, elaborado por Kristeva, nos anos 60 do século XX, buscava uma abordagem intertextual e translinguística dos textos. O termo recebe grande influência das elaborações teóricas do “Círculo de Bakhtin” e tem por objetivo implicar a inserção da história em um texto e do texto na história. Segundo Fairclough (2016) a intertextualidade deve ser o foco da Análise de Discurso, uma vez que o sentido do texto depende de sua interação histórica constitutiva.

Compreender a intertextualidade presente nos textos revela-nos as limitações e determinações sociais que interfere em sua produtividade. Não há caminho para revelar as relações de poder, presente em um texto e prática discursiva, fora da intertextualidade. O conceito ora desenvolvido revela relações complexas de



incorporação de gêneros discursivos, estilos, tipos de atividades e práticas sociais, respostas, etc. Temos, a partir de Kristeva, a elaboração teórica, por Fairclough, de duas dimensões intertextuais, a horizontal – sincrônica –, dialógica e a dimensão vertical – diacrônica –, envolvendo contextos mais ou menos imediatos ou até mesmo distantes. A relação intertextual pode ser com outros textos e (ou) com convenções. Além das dimensões temos dois tipos de intertextualidade: a manifesta e a constitutiva.

A intertextualidade manifesta é quando recorre-se explicitamente a outros textos, podendo haver diferentes modos de fazê-lo (FAIRCLOUGH, 2016 [1992]). Podendo ser, como aponta Fairclough, em Discurso e Mudança Social: “sequencial”, quando diferentes textos ou tipos de discurso se alternam em um texto; “encaixada”, em que um texto ou tipo de discurso esta contido dentro da base de outro. Essa e a relação entre os “estilos”, já distinguidos por Labov e Fanshel para o discurso terapêutico; e, por fim, temos a intertextualidade “mista”, na qual os textos, ou tipos de discurso, estão fundidos de forma mais complexa e menos facilmente separável (FAIRCLOUGH, 2016 [1992], p. 152).

Em Discurso e Mudança Social o autor coloca em debate a intertextualidade manifesta em relação com a: representação do discurso; a pressuposição; negação; o metadiscurso; e ironia. Essa relação é fundamental para alcançarmos a relação metodológica que pretendemos estabelecer. Em apertada síntese, sem diminuir a complexidade dos conceitos, temos que o conceito de representação no discurso é explicado por Fairclough em diálogo com as concepções de Volóchinov.

Uso o termo “representação de discurso” em Lugar do termo tradicional 'discurso relatado' porque (1) ele capta melhor a ideia de que, quando se 'relata' o discurso necessariamente se escolhe representá-lo de um modo em vez de outro; e (2) o que esta representado não é apenas a fala. mas também a escrita, e não somente seus aspectos gramaticais, mas também sua organização discursiva, assim como vários outros aspectos do evento discursivo suas circunstâncias, o torn no qual as coisas foram ditas, etc (FAIRCLOUGH, 2016 [1992], p. 153).

Adiante o autor destaca como o discurso pode ser representado e se a representação vai além do ideacional ou conteúdo da “mensagem” para incluir aspectos do estilo e do contexto dos enunciados representados. Aqui precisamente surge mais um diálogo direto com o marxista russo Volóchinov, no debate sobre “estilo” e “entonação”. O “estilo linear”, empregado em Marxismo e Filosofia da linguagem, é

utilizado para descrever e analisar uma tendência de transmissão de discurso alheio que se caracteriza, externamente, por manter contornos bem definidos entre o contexto autoral e o discurso alheio e, internamente, por homogeneizar as linguagens do autor e do personagem. O “Estilo Pictórico” caracteriza o estilo de transmissão do discurso alheio em que, externamente, os contornos entre o contexto autoral e o discurso alheio tendem a ser apagados e, internamente, são individualizadas ao extremo as particularidades do discurso alheio (VOLÓCHINOV, 2018 [1928], p358).

Aqui temos um importante elemento de compreensão do que vem a ser a “representação de discurso” e seus usos nas relações intertextuais manifesta.

A pressuposição, por sua vez, são proposições que são tomadas pelo produtor do texto como já estabelecidas ou “dadas” (FAIRCLOUGH, 2016 [1992]). O produtor do texto não as toma livremente. A ação social de quem elabora determinado texto é percebida como dependente e constrangida por permanências relativas (estruturas) que constantemente se reproduzem, mas que também se transformam parcialmente, a depender do equilíbrio das circunstâncias sociais (OLIVEIRA, 83).

Dentro de uma perspectiva intertextual da pressuposição, o caso em que a proposição pressuposta constitui realmente algo tornado como tácito pelo (a) produtor (a) do texto pode ser interpretado em termos de relações intertextuais com textos prévios do(a) produtor(a) do texto. Um caso especial e quando uma proposição é afirmada e estabelecida em uma parte do texto e estilo pressuposta na outra parte do mesmo. Deve ser observado que as pressuposições, quer sejam baseadas em textos anteriores do(a) produtor(a) do texto, quer em textos de outros, podem ser manipulativas assim como sinceras (FAIRCLOUGH, 2016 [1992], p. 156).

O terceiro conceito é o metadiscurso apresentado como um distanciamento que o autor realiza no interior de um mesmo texto, como se estivesse tratando de níveis distintos, como se fosse um texto externo. A metadiscursividade está aparentemente fora do texto, quando em verdade o constitui literal e expressamente, de maneira manifesta.

O metadiscurso implica que o (a) falante esteja situado acima ou fora de seu próprio discurso e esteja em uma posição de controlá-lo e manipulá-lo. Isso tem implicações interessantes para a relação entre discurso e identidade (subjetividade): parece ir contra a visão de que a identidade social de uma pessoa é uma questão de como ela está posicionada em tipos

particulares de discurso. Há dois lados nessa questão. Por um lado, a possibilidade de uma distancia metadiscursiva de seu próprio discurso pode dar a ilusão de que a pessoa está sempre plenamente no controle dele, de que o discurso é um efeito da subjetividade mais do que vice-versa. É interessante a esse respeito que o metadiscorso parece ser comum em tipos de discurso em que é valorizada a apresentação do 'eu' em posição de controle (FAIRCLOUG, 2016 [1992], p.157 – 158).

O último conceito apresentado na relação com a intertextualidade manifesta é a ironia. O fundamental de um enunciado irônico é ecoar um outro, havendo disparidade de significado entre ambos. Para produzir seus efeitos, diferente dos outros conceitos, a ironia depende de os interpretes serem capazes de reconhecer que o significado do texto ecoado não é o significado do produtor do texto "alheio".

Por fim temos outra qualidade de intertextualidade: a constitutiva ou interdiscursividade. O foco desta última intertextualidade não está em outros textos, mas em convenções discursivas pertencentes a cadeias intertextuais particulares, que possuem sua regularidade e previsibilidade constrangidas por aspectos da estrutura social. A decisão judicial, por exemplo, possui uma regularidade determinada, constrangida pelas estruturas sociais, baseada em convenções discursivas. Tais convenções podem ter seus limites redesenhados a medida que as ordens de discurso são desarticuladas e rearticuladas no curso da luta hegemônica (FAIRCLOUGH, p 160). Ordem de Discurso, por sua vez é um conceito pós-estruturalista incorporado por Fairclough que não será explorado na presente análise.

Essa explicação extensa e necessária sobre as intertextualidades são necessárias para tratarmos sobre um conceito já mencionado que é a produtividade dos textos. São as relações de poder estabelecidas nas relações intertextuais que permitem que os textos transformem outros textos, reestremem convenções pra gerar novos textos. A produtividade não está disponível para as pessoas como um espaço ilimitado para a inovação textual. É antes socialmente limitada, restringida, condicionada conforme as relações de poder. No caso do direito conforme as relações estabelecidas em uma cadeia intertextual particular e seus constrangimentos de elaboração, circulação e consumo.

## **ANÁLISE DE DISCURSO CRÍTICA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO, MÍDIA E SISTEMAPENAL**

O funcionamento de uma estrutura social, ou complexo, é sempre mediado por outros. Podemos considerar, ancorado na linha metodológica exposta até então, a qual busca resgatar a noção de totalidade, de realidade não fragmentada, que a autonomia de um determinado complexo social é sempre relativa em relação a produção e reprodução do sistema político-econômico que se faz(e fez) universal – o capitalismo – e em relação aos demais complexos parciais constitutivos da totalidade social.

A dimensão crítica aqui reivindicada leva-nos à busca pelas determinações, pela raiz das questões enfrentadas. As determinações são compreendidas, tendo por base a ontologia marxiana e os últimos escritos de Gyorgi Lukács, como determinações reflexivas de relações ininterruptas. Não partimos como fizemos constar na abordagem sobre concepção de língua, do “evidente”. Essa postura metodológica se mantém ao tratarmos o direito.

(...) caso se queira ser coerente com o que foi afirmado, há de se reconhecer que, para analisar efetivamente o fenômeno jurídico, há de se reconhecer que, para analisar efetivamente o fenômeno jurídico, há de se partir de uma compreensão que ultrapasse a epistemologia calcada em um sujeito cognoscente e “racional”; há de se ter em conta a abordagem que não está envolta na primazia de categorias destacadas de sua base material, mas sim em determinações de existência, em formas de ser social – trata-se (...) da crítica ontológica. Essa deve colocar em xeque o “evidente”, não tomando como mero dado o concreto ao mesmo tempo em que capta o processo pelo qual o concreto aparece como objetividade reificada, e o Direito como objeto de manipulação. (SARTORI, 2010, p.15)

As determinações de existência do Direito não estão em sua auto-imagem, em sua “evidência”, concordamos com David Barbosa Oliveira: o fenômeno jurídico não é uma esfera social autoconstituente e autorreferente (OLIVEIRA, 2015,p.84).

Quando nos referimos ao direito enquanto um complexo parcial de relativa autonomia, não se trata de algo menos importância ou de perfumaria teórica. Tal caracterização é fundamental para não estabelecermos um olhar “fetichizante”- por vezes desfigurado –, inflado por uma suposta autonomia absoluta do complexo parcial frente aos demais complexos sociais e ao complexo social total – totalidade (Lukács, p. 251). Os complexos sociais possuem sua autonomia e suas legalidades próprias ainda que surjam, reiteradamente, sobreposições de diferentes complexos, interpenetrações de um pelo outro, etc. (Lukács, p. 251) como, por exemplo: a relação entre moral e direito.

O surgimento do Ser Social e sua distinção sobre a esfera da natureza – o mundo orgânico e inorgânico –, vai engendrando complexos próprios da esfera social desde ferramentas mais rústicas que compõem o processo de trabalho às estruturas sociais mais complexas (DOS SANTOS, p. 115) como é o caso do Direito. Quanto ao papel empenhado por esses complexos Alexandre Aguiar diz que:

[...]os complexos próprios do ser social, ao diferenciarem-se da natureza, vão adquirindo uma predominância na produção e reprodução da esfera do ser social. Contudo não podemos olvidar o caráter ineliminável da relação com a natureza, mesmo que esta relação seja fundamentalmente mediada socialmente (DOS SANTOS, 2011, P. 115).

O Ser Social possui sua existência em sua reprodução ininterrupta, a qual passa incessantemente por processos – historicamente determinados – de mudanças; e são justamente essas mudanças, que nas palavras de Lukács, “produzem de maneira sempre renovada e com constante intensificação quantitativa e qualitativa os traços especificamente substanciais do Ser Social” (p. 201). Esses traços substanciais do Ser Social são seus complexos próprios.

Sendo assim, partindo da análise ontológica enquanto critérios consideraram – para os fins mesmo dessa pesquisa – que o direito é expressão de um tipo específico, historicamente datado de regulamentação social. E em que consiste a regulamentação social? A regulamentação tem por objetivo condicionar os indivíduos, membros de uma sociedade em particular, a executarem determinados pores teleológicos que lhes são atribuídos no plano geral da cooperação (LUKÁCS, P. 230)

O complexo cuja função é a “regulação jurídica das atividades sociais” (LUKÁCS, 2013, p 229) vai surgindo e desenvolvendo -se na medida em que o puro uso da força bruta tornara um problema, capaz de levar uma sociedade a desagregação (LUKÁCS, p. 232), e não uma solução capaz de garantir a mediação dos antagonismos sociais capaz de, assim, garantir a reprodução dos pores teleológicos socialmente necessário para uma determinada estrutura social.

A expressão ao mesmo tempo cínica e sábia de Talleyrand de que com as baionetas se poderia fazer de tudo, menos sentar em cima delas, ilustra de modo epigramaticamente acertado esse estado de coisas, a saber, que seria impossível para uma sociedade com certo grau de desenvolvimento funcionar e se reproduzir normalmente se a maioria dos pores teleológicos

de seus membros fosse direta ou indiretamente imposta simplesmente pela força”(LUKÁCS, p. 232).

Temos, pois um ponto de diálogo entre a concepção de Lukács e as reflexões de Oliveira (2015) quando considera-se que as estruturas emergem de ações anteriores e ações atuais são constrangidas por estruturas criadas por outras ações. Isso quer dizer que estruturas são resultados de ações sociais, assim como ações sociais decorrem de estruturas. Com efeito, a ação social é percebida como dependente e constrangida por permanências relativas (estruturas) que constantemente se reproduzem, mas que também se transformam parcialmente, a depender do equilíbrio das circunstâncias sociais.

Para a Análise Crítica de Discurso, os textos e discursos jurídicos estão em diálogo direto com textos da economia, da política, da educação, da ciência etc. e com diversos discursos, possibilitando estudos sobre essas trocas, nomeadas de intertextualidade e interdiscursividade (OLIVEIRA, 2017, p 83-84).

A proposta teórica de trazer a concepção de Lukács justifica-se pela necessidade de identificar a natureza específica, particular, da estrutura jurídica. Com o surgimento do complexo jurídico surge um grupo de pessoas que são os portadores sociais desse complexo particular, “especialistas” (Juízes, advogados, policiais, etc.) sem os quais o complexo não é capaz de reproduzir-se (LUKÁCS, p. 247). Engels aborda, em *A Origem da Família da propriedade privada e do Estado*, que o surgimento dessa “força pública particular”(o judiciário) deriva da divisão da sociedade em classes, que impossibilita qualquer organização armada autônoma (ENGELS, p. 185).

Sendo o Estado a forma pela qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil[burguês] de uma época, conclui-se que todas as instituições comuns passam pela mediação do Estado e recebem uma forma política. Daí a ilusão de que a Lei repousa na vontade e, mais, em uma vontade livre, destacada de sua base concreta. Da mesma maneira, o Direito, por sua vez, se reduz à lei (MARX e ENGELS, 2002, p.74).

Os textos jurídicos são mediados e elaborados pelos especialistas. A mediação entre o complexo jurídico e a sociedade civil é realizada pelos especialistas, inclusive, no processo de circulação, interpretação e consumo dos textos. Há, nos textos jurídicos, uma relação distinta da que ocorre na comunicação social ordinária. Por exemplo, se tratarmos do fim do processo, ou da impossibilidade de recursos, em termos jurídicos de “trânsito em julgado”, previsto no art.6, §3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro,

temos palavras alheias aos não especialistas reconhecendo formalmente um fato, atravessada por avaliações sociais. Uma vez que em cada palavra viva está contida uma avaliação social ativa (Volóchinov, 2018 [1928], p. 343).

Assim, consideramos o complexo jurídico como uma prática social particular responsável por reconhecer formalmente o fato, isto é, o acontecimento social. Ao passo que reconhece o fato, o direito constrange o corpo social a assumir estas e não aquelas condutas, ocasionando novos acontecimentos. A mediação da palavra, do texto, do discurso e dos especialistas, são elementos inevitáveis presentes na realidade jurídica.

Outra mediação que acompanham os textos, especialmente os textos jurídicos do Sistema Penal é a mídia. Nilo Batista, em *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, diz haver uma especial parceria estrutural entre sistema penal e mídia, de tal maneira que tal vinculação levou Zaffaroni (2011) a incluir, em seu rol de agências do sistema penal, as “agências de comunicação social”, “rádio, televisão e jornais”, deixando claro que não se trata apenas das relações públicas de tribunais, ou corporações policiais (BATISTA, 2001, p.1).

A mídia, o noticiário, os editoriais hegemônicos todos eles com seus “especialistas” em sistema penal dominam a comunicação social organizada sobre segurança pública, criminalidade, corrupção, encarceramento. Essa abordagem é importante, pois, fazendo uso de uma alegoria de Volóchinov (2018, p. 145), para observar o processo de combustão, é necessário colocar o corpo no ambiente atmosférico. A comunicação social organizada seria o ambiente atmosférico, digamos assim, dos textos jurídicos, especialmente os vinculados ao sistema penal. A circulação e o consumo e a própria elaboração dos referidos textos passam pelo constrangimento das situações sociais de comunicação.

Não se cometerá a ingenuidade de supor que a legitimação do sistema penal pela imprensa seja algo exclusivo da conjuntura econômica e política que vivemos. Existem, contudo, certos elementos inéditos, que não podem ser associados apenas aos recentes saltos tecnológicos. Quando a imprensa, no século XVIII, acossada e censurada pelas burocracias seculares e religiosas do Antigo Regime, se engaja na revolução burguesa, participa intensamente do esforço pela deslegitimação racional das velhas criminalizações de linhagem inquisitorial e pela abolição das penas corporais cruéis e desproporcionais. Na fundação histórica do direito penal liberal, portanto, tendia a imprensa

– afinada com o pensamento ilustrado, filosófico e jurídico – à limitação e ao controle do poder punitivo, larga e espetaculosamente exercido pelo absolutismo, e pagava por isso (BATISTA, 2001, p.2).

Como exposto por Nilo Batista esse constrangimento pela mídia, pela imprensa, na política criminal, possui larga presença na história, não sendo um fenômeno recente. Claro que as novas tecnologias de comunicação alteram em proporção o fenômeno. Mas é certo que desde a instalação, em 1808, da Imprensa Régia e da censura nas atividades de uma junta administrativa que velaria para que “nada se imprimisse contra a religião, o governo e os bons costumes” (SODRÉ, 1966, p. 23) temos, no Brasil, uma mídia hegemônica com interesses políticos e de classe bem definidos.

Sem embargo de órgãos e jornalistas que, isolada e eventualmente, perceberam e profligaram as opressões penais, a imprensa legitimou intensamente o poder punitivo exercido pela ordem burguesa, assumindo um discurso defensivista-social que, pretendendo enraizar-se nas fontes liberais ilustradas, não lograva disfarçar seu encantamento com os produtos teóricos do positivismo criminológico, que naturalizava a inferioridade biológica dos infratores (BATISTA, 2001, p.3)

Até aqui podemos perceber relações entre direito, punitivismo, mídia justamente pelo que fora colocado por Marx, sobre “as instituições comuns” passarem pela mediação do Estado e dele recebem uma forma política. Essas relações acompanham a intertextualidade constitutiva, de natureza histórica, dos textos jurídicos em matéria penal e, ao fim, revelam sua relação de poder. Para findar essa breve reflexão sobre sistema penal e mídia e voltarmos para a aplicação específica da Análise Crítica de Discurso no Direito, queremos destacar pontualmente a especificidade da relação entre comunicação social organizada e sistema penal no capitalismo tardio, na esteira dos estudos da criminologia crítica de Nilo Batista.

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena:



antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos (BATISTA, 2001, p.3)

Pouco importa o fracasso do encarceramento. Toda pena é vista como caminho mais adequado para a garantia da segurança. Não há debate público, há uma quase adesão voluntarista das massas às soluções punitivistas que povoam os jornais e editoriais. A respeito da criminalização e da propaganda de fé à importância (política) da pena feita pela comunicação social organização organizada Nilo Batista diz que:

A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do mercado livre – fonte de certo jusnaturalismo globalizado, que paira acima de todas as soberanias nacionais –, porém para garantir o “jogo limpo” mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal (BATISTA, 2001, p.5).

Assim, temos que a política criminal configura a principal política pública de um Estado Neoliberal. Vale retomar a epígrafe que inaugura a primeira página da presente pesquisa: “O paradoxo de que a um Estado social mínimo corresponda um Estado penal máximo conduz às conseqüências concomitantes de despolitização dos conflitos sociais e politização da questão criminal” (BATISTA, 2001). O neoliberalismo, portanto, potencializa a politização das questões criminais historicamente constituídas pela sua relação com a mídia. Essas questões estruturais precisam acompanhar, pela metodologia da Análise Crítica de Discurso, sua aplicação em textos do sistema penal.

Voltando a relação entre ACD e direito, temos que considerar, pela pretensa autonomização do complexo jurídico e de seus especialistas a uma autoridade supostamente impessoal emprestada aos enunciados (OLIVEIRA, 2017, p. 86) e textos jurídicos, como se a manifestação jurídica fosse “pura” em tais enunciados, resultando em uma estatura de objetividade, o que implica sua correspondência com o real o verdadeiro (OLIVEIRA, 2017, p.86).

No entanto, demonstramos aqui que o funcionamento do complexo jurídico, para Lukács, está em manipular um turbilhão de contradições de tal maneira que disso surja não só um sistema unitário, mas um sistema capaz de mover-se elasticamente entre

pólos antinômicos – por exemplo, “entre a pura força e a persuasão que chega às raias da moralidade” -, visando implementar, no curso das constantes variações do equilíbrio dentro de uma dominação de classe que se modifica de modo lento ou mais acelerado, as decisões em cada caso mais favoráveis às posições hegemônicas em determinadas sociedades(LUKÁCS, 2013, p.247).

Apesar da pretensão de verdade o direito, retomando o próprio Marx (passagem do livro A miséria da Filosofia), “é apenas o reconhecimento formal do fato”. Segundo interpretação do Lukács, o “fato” seria a realidade econômica-social, implicada em todas as suas dimensões inclusive étnicas e de gênero. Esta passagem de Marx expressa a prioridade ontológica do econômico sob o direito. Disso não tiramos nenhuma dedução simplista, economicista, se não vejamos o que diz o filósofo húngaro:

(...) o direito constitui uma forma específica da reprodução consciente daquilo que sucede de facto na vida econômica. A expressão “reconhecimento” apenas diferencia ainda mais a peculiaridade específica dessa reprodução, ao trazer para o primeiro plano seu caráter não puramente teórico, não puramente contemplativo, mas precipuamente prático. Pois é evidente que, no caso de contextos puramente teóricos, essa expressão seria simplesmente tautológica, como: “Reconheço que duas vezes dois são quatro”. O reconhecimento só pode adquirir um sentido real e razoável dentro de um contexto prático, a saber quando por meio dele se enuncia como deve ser a reação a um fato reconhecido, quando nele está contida uma instrução sobre que tipo de pores teleológicos humanos devem decorrer daí, ou, então, como deve ser apreciado o referido fato enquanto resultado de pores teleológicos anteriores. Ora, esse princípio experimenta uma concretização ainda maior por meio do adjetivo “oficial”. O caráter de dever ganha, por essa via, um sujeito precisamente determinado em termos sociais, justamente o Estado, cujo poder determinado em seu conteúdo pela estrutura de classe consiste aqui essencialmente no fato de possuir o monopólio sobre a questão referente a como devem ser julgados os diferentes resultados da práxis humana, se devem ser permitidos ou proibidos, se devem ser punidos etc., chegando inclusive a determinar que fato da vida social deve ser visto como relevante do ponto de vista do direito e de que maneira isso deve acontecer[...]”(LUKÁCS, 2013,p.239).

Concluimos nessa seção do artigo, que no Sistema Penal temos o reconhecimento oficial do fato direcionado pela organização social da comunicação, a mídia, que pela intertextualidade – manifesta e constitutiva – ao longo da história tem, no avanço neoliberal, colocado o direito, o sistema penal como principal política pública. Essa característica coloniza os textos e os discursos em matéria penal influenciando diretamente no seu consumo, na sua circulação e, cada vez mais, pela mídia constringendo a elaboração dos textos jurídicos. Esse olhar metodológico de diálogo entre ACD, marxismo e criminologia crítica precisa subsidiar a cuidadosa análise discursiva dos textos jurídicos em matéria penal.

## **CONCLUSÕES PROVISÓRIAS**

Nenhuma questão jurídica, por mais técnica que seja não é ideologicamente neutra. Em regra, entretanto, os especialistas do direito se imaginam acima dos constrangimentos de classe de gênero e de raça, e não assumem suas posições ideológicas ou não se responsabilizam por seus atos, deixando o jurisdicionado acreditar que a escolha foi técnica, neutra, imparcial e universal. Quando em verdade trata-se de posições particulares determinadas reflexivamente pelas estruturas sociais (OLIVEIRA, 2015, p 87).

Segundo David Barbosa Oliveira (2015) a ACD permite denunciar o reconhecimento dos atos sociais como ‘naturais’ e não problemáticos, pois o direito carrega consigo textos tipicamente marcados por assimetrias de poder. Permitindo assim identificar as estratégias linguístico-discursivas pelas quais se textualizam os discursos jurídicos (OLIVEIRA, 2015, p.87). Dessa maneira, realizamos um empreendimento para identificar, revelar e divulgar aquilo que está implícito na política criminal enquanto intertextualidade constitutiva que não é imediatamente assumido nas relações de dominação discursiva ou de suas ideologias subjacentes dentro do Direito, que é a relação com a mídia.

É comum ouvirmos que há um processo de judicialização da política e midiaticização do judiciário, no entanto podemos perceber que essas marcas acompanham a história e o desenvolvimento das estruturas sociais aqui estudadas. O direito inevitavelmente é constringido pela forma política do Estado Burguês, tendo, por tanto, autonomia relativa e não absoluta. O sistema penal, em seus textos e estrutura social, nunca esteve divorciado da mídia. A midiaticização do sistema penal não começa com os modernos meios de se fazer criminalização seletiva, mas é justamente a comunicação social organizada pela imprensa, pela mídia que direciona o sentido, a avaliação social, historicamente constituída das políticas criminais.

## REFERENCIAIS

ALTHUSSER, A. **Aparelhos Ideológicos do Estado: Notas sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado**. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro 6ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

AMARAL, Luciano (organização). **Estudos do discurso: perspectivas teóricas/ organização**  
Luciano Amaral Oliveira. – 1. Ed. – São Paulo: Parábola Editorial, 2013. 23cm.

Aristóteles (2005). **Arte poética**. (P. Nasseti, trad.). São Paulo: Martin Claret

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. 2001. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em 11 de jan. 2019.

BRASIL. **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 11 jan. 2019.

CRUZ, Mariana Gomes da. **As tensões entre pós-estruturalismo e marxismo na obra de Norman Fairclough**/ Mariana Gomes da Cruz; orientador Paulo Roberto Gonçalves Segundo.  
Dissertação (mestrado), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, na Universidade de São Paulo (USP)– São Paulo, 2019. 95f.

COLOMBAT, Bernard. **Uma História das Ideias Linguísticas**. Bernard Colombat, Jean-Marie Fournier, Christian Puech; tradução Jacqueline Léons, Marli Quadros Leite. 1. Ed. São Paulo: Contexto, 2017.

COUTINHO, Carlos Nelson. **O estruturalismo e a miséria da razão**, 1943. Posfácio de José Paulo Netto. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular. 2010.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade Privada e do Estado**. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1884/origem/index.htm>. Acesso 11 de jan. 2020.

EAGLETON, Terry. **Ideologia: uma introdução**. Trad. S. Vieira e L. C. Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista/Editora Boitempo, 1997.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**/ Norman Fairclough. – 2. Ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. 338 p. ; 21 cm.

JIMENEZ, Susana (org.); ALCANTÂRA, Norma (org.). **Anuário Lukács 2018** / Susana Jimenez, Norma Alcantâra, (organizadores); autores Matthias István Köhler ... [et al.]. – São Paulo: Instituto Lukács, 2018.

LUKÁCS, GYORGY, **Para uma ontologia do ser social I**. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2018

\_\_\_\_\_. **Para uma ontologia do ser social II**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MAGALHÃES, Izabel. **Análise de discurso crítica: um método de pesquisa qualitativa**/ Izabel Magalhães, André Ricardo Martins, Viviane de Melo Resende. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017. 260 p. ; 21cm.

MARX, Karl. **Miséria da Filosofia**. São Paulo: Global, 1985 [1847].

\_\_\_\_\_. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007 [1845 – 1846].

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. - 1.ed., 5.reimpr. – São Paulo: Boitempo, 2014.

OLIVEIRA, David Barbosa de. **Análise de discurso crítica da anistia política de militares no Brasil: a disputa por sentidos que ampliam ou restringem os direitos dos militares anistiados**. – Recife: O Autor, 2015. 313 f.

PÊCHEUX, M. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. 2.ed. [trad. Eni Pulcinelli Orlandi et al.] .Campinas, São Paulo: Pontes, 1997. (1983).

\_\_\_\_\_. Análise de Discurso: **Michel Pêcheux Textos selecionados**: Eni Puccinelli Orlandi – Campinas, SP: 3ª Edição – Pontes Editores, 2012.

Santos, Alexandre Aguiar dos. **Direitos humanos e emancipação : uma aproximação a partir da ontologia lukacsiana** / Alexandre Aguiar dos Santos ; orientadora, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. – Florianópolis, SC, 2011. 202 p.

SARTORI, Vitor Bartoletti. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. São Paulo: Cortez, 2010.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da imprensa no Brasil**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1966, p. 23.

TONET, Ivo. **Método científico: uma abordagem ontológica**. São Paulo: Instituto Lukács, 2013. 136p.

VOLÓCHINOV, Valentin, 1895-

1936. **Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem.** Tradução, notas e glosário de Sheila Grillo e Ekaterina Vólkova Américo; ensaio introdutório de Sheila Grillo – São Paulo: Editora 34, 2018 (2ª Edição). 376p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Batista, Nilo. **Direito Penal Brasileiro.** 4ª ed. Rio de Janeiro : Revan, 2011.

## **TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UMA ANÁLISE SOBRE SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

**LAIS MARY DAL MOLIN FOLADOR:**  
Especialista em Direito Aplicado.  
Advogada<sup>85</sup>.

**RESUMO:** O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar as mudanças no ordenamento jurídico em virtude do advento da Lei 13.146/2015, que trata dos direitos das pessoas com deficiência e a implementação do instituto da tomada de decisão apoiada. Pretende ainda, discorrer sobre as intervenções do judiciário nas escolhas dos indivíduos com deficiência e o reflexo disto para as novas mudanças. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

**Palavras-chave:** deficiência; tomada de decisão apoiada; Lei 13.146/2015.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS. 2.1 DA CAPACIDADE CIVIL E DO NEGÓCIO JURÍDICO. 2.1.1 A alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência com o advento da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e a Lei 13.146/15. 2.2 DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DEFEITOS INTERNOS DO NEGÓCIO JURÍDICO (ERRO E LESÃO). 2.2.1 Do erro. 2.2.2 Da Lesão. 2.3 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA. 2.3.1 Das lacunas da tomada de decisão apoiada. 2.3.2 Da responsabilização do apoiador e suas consequências. 2.4 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TERCEIRO. 2.4.1 Da diferença dos negócios jurídicos nulos e anuláveis. 2.4.2 Dos negócios jurídicos anuláveis e o advento da Lei 13.146/2015. 2.5 DA HOMOLOGAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### **1 INTRODUÇÃO**

A tomada de decisão apoiada foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.146/2016 que realizou alteração no Código Civil, em seus artigos 3º, 4º e, a inclusão de novo artigo, o art. 1.783-A.

A ideia inicial foi implementada pela Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas no ano de 2006, sendo que suas

---

85 E-mail: laismfolador@hotmail.com

mudanças foram recepcionadas com peso de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Com o advento do decreto estava em pauta a realização do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, vislumbrou-se a necessidade da implementação definitiva das mudanças que a Convenção trouxe.

Neste ponto, foi realizada a primeira grande mudança em retirar as pessoas com deficiência do rol de incapazes, sejam estes absoluta ou relativamente incapazes. Com isso a questão da interdição de pessoas com deficiência tornou-se última *ratio* e foi criada a tomada de decisão apoiada (TDA).

Um instituto jurídico que tinha por ideia o auxílio da pessoa com deficiência para a tomada de decisão de seu cotidiano, seja de questões mais corriqueiras até questões de cunho negocial. A TDA foi implantada de modo que, a pessoa com deficiência tivesse a autonomia de escolher no mínimo 02 (duas) pessoas de sua confiança para que a auxiliasse no entendimento das consequências, questões inerentes a negociações e assim, facilitasse a escolha do indivíduo.

Necessário que fosse reduzido a termo a TDA com homologação judicial, para que o juiz pudesse analisar o caso e confirmar se, os termos da TDA, os apoiadores e o próprio indivíduo pudessem se valer do novo instituto.

Como toda inovação jurídica, a tomada de decisão apoiada apresentou lacunas, obscuridades e algumas falhas que serão objeto do presente trabalho. Em especial, serão analisadas as questões de cunho negocial, considerando ser um dos principais pontos que chancelam a privacidade do indivíduo, seu poder de escolha sobre o que comprar, vender, alugar, emprestar, arcando com suas escolhas e as consequências destas.

Até que ponto a judiciário brasileiro realmente abdicou de seu poder intervencionista na vida das pessoas com deficiência? Até onde vai a autonomia da pessoa com deficiência? Qual a capacidade da pessoa com deficiência para relações negociais? Todas estas questões serão objeto de análise minuciosa sobre o instituto da tomada de decisão apoiada, a capacidade civil da pessoa com deficiência e a presença do ordenamento jurídico nestes casos.

Outra faceta a ser vista é a questão pertinente a eficiência do instituto. Isto porque, a doutrina tem apresentado pontos de divergência sobre a possibilidade de uma mesma pessoa, portadora de deficiência, ser amparada pela tomada de decisão apoiada, e, de igual modo, ser interditado e assistido pela curatela.

Deste modo, um só indivíduo teria dois institutos para auxiliarem em sua capacidade civil. Até que ponto essa situação demonstra autonomia? O que parece é que



a essência das mudanças implantadas pela Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, não foram atingidas na Lei 13.146/2015. Isto porque, a Convenção, trouxe inovações libertadoras para a pessoa com deficiência, e, o que se percebe é que tais liberdades não encontram-se existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A diferença encontrada é que o que se passa na teoria será dificilmente aplicado na prática, a começar pela capacidade civil plena da pessoa com deficiência. As mudanças do Estatuto da Pessoa com Deficiência, apresentam várias muletas para o Judiciário continuar interferindo na vida destes indivíduos, de maneira mascarada, com ares de revolução, porém sem eficiência alguma.

## **2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS**

### **2.1 – DA CAPACIDADE CIVIL E DO NEGÓCIO JURÍDICO**

A questão inicial a ser abordada é os quesitos históricos e estruturais da capacidade civil. Isto, porque, há desmembramentos em relação à capacidade, podendo ser a capacidade de fato, a capacidade de direito e a capacidade legal.

O intuito do presente tópico visa demonstrar como a incapacidade civil era vista antes e como ela é vista agora; em que pontos a pessoa portadora de deficiência se enquadra, e, que mudanças ocorreram depois da renovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Inicialmente, deve-se recapitular as origens do sistema jurídico brasileiro, que está firmada na tradicional *Civil Law*, fruto da influência europeia, como o Código Napoleônico (1804) e o Código Civil Alemão (1896). A ideia do movimento da *Civil Law* era concentrar o Direito de forma específica, inflexível, e absoluta, sem exceções. Como se pudesse de forma automática, sentenciar cada pessoa pela sua capacidade, e como parâmetro o que estava regulado e positivado na lei.

De fato a pretensão era da liberdade de contratação, a possibilidade da autonomia privada, no sentido de como e com quem negociar. Pairava de modo geral, na época da elaboração destes códigos europeus, a propriedade como interesses jurídicos patrimoniais e a circulação das riquezas, como consequência o tráfego jurídico-econômico[1].

Assim vislumbrava-se a necessidade de especificar quem era o sujeito de direito, capaz de negociar, e assim, houve uma pré determinação de quem era o sujeito, e também, de modo implícito, quem não era o sujeito de direito.

Jacqueline Lopes Teixeira[2], ressalta a ideia histórica de quem era o sujeito de direito:

A ideia de “sujeito de direito” compõe esse panorama e, para que possa integrar a relação jurídica com efeitos reconhecidos, segundo a doutrina clássica, deveria ele ter responsabilidade jurídica e ser dotado de capacidade civil plena ou, caso fosse relativamente ou absolutamente incapaz, deveria ser devidamente assistido ou representado.

Observa-se que essa ideia de incapacidade, e assistência ou representatividade, era o que vigia no Código Civil de 2002, antes da alteração realizada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Antes da alteração realizada pela CDPD, o rol de incapacidade civil era transmitida pelo Código Civil da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Necessário realizar a análise dos artigos 3º e 4º, antes da alteração da CDPD e da Lei 13.146/15. As pessoas portadoras de deficiência ou necessidades especiais tinham a sua representatividade no artigo 3º, inciso II e III. Aqui a visão era salvaguardar que, a pessoa que fizesse ou entabulasse uma relação negocial com uma pessoa que era considerada absolutamente incapaz, tivesse a possibilidade de requerer a nulidade do ato,

seja em favor do incapaz, ou de quem realizou o contrato e até para terceiros, isto podendo ser realizado mediante intervenção do Ministério Público, ou até mesmo de ofício pelo juiz.

Já no artigo 4º a ideia não seria de requerer a nulidade mas, sim, a anulabilidade, ou seja, apenas seria decretada a anulação do negócio se, qualquer das partes requeresse, caso contrário o negócio jurídico se convalidaria pela concordância das partes.

Nesse sentido, a situação das pessoas com deficiência encontrava obstáculo na questão da capacidade, em poder gerir as suas decisões. Isto posto, os elementos necessários para a validade do negócio jurídico, são: a capacidade das partes, a declaração de vontade (sem vícios), e a possibilidade do objeto (objeto este, lícito, possível, determinado ou determinável).

Ao que pese a capacidade das partes, esta deveria estar em consonância com a declaração de vontade, que por sua vez depende não apenas da exteriorização de concordância com o negócio jurídico, mas também, com a consciência de alcance e dimensão jurídica e consequencial do resultado disto.

Viviane Cristina<sup>[3]</sup> aborda justamente esta situação sobre a validade do negócio e a questão de consciência do ato:

A validade é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico, e para a sua declaração, o ato precisa ser realizado com plena consciência do seu alcance jurídico, o que decorre da existência de elemento intelectual e de elemento volitivo do negócio.

Ainda sob este escopo, Viviane Cristina<sup>[4]</sup>, faz um paralelo com outros doutrinadores que utilizam da mesma linha de pensamento:

Antônio Junqueira de Azevedo conclui que toda declaração de vontade deve ser resultante de um processo volitivo; querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade; e deliberada sem má-fé<sup>[5]</sup>. Rosa Nery e Nelson Nery Jr. destacam, como requisitos lógicos de validade do negócio jurídico, a capacidade de compreender (esfera intelectual) e de querer (esfera volitiva), pois sem a vontade livremente declarada não se realiza o suporte necessário como exigência dessa institucionalização, sob o epíteto "agente capaz", constante do art. 104, do Código Civil.<sup>[6]</sup>

Considerando, deste modo, a intrínseca situação da declaração de vontade, o Código Civil de 2002 adaptou nos artigos 3º e 4º (antes da alteração) duas formas de regularização da capacidade civil da pessoa com deficiência: a) *status approach*; e b) *outcome approach*.

Em relação ao primeiro (*status approach*), seria como determinar de pronto que “a deficiência equivale diretamente à incapacidade da pessoa em tomar decisões existenciais ou patrimoniais em alguns, senão em todos os âmbitos de sua própria vida” [7].

Já em relação ao segundo (*outcome approach*) seria um modelo de substituição da vontade, em casos que a pessoa com deficiência não teria discernimento completo para avaliar as vantagens e desvantagens da escolha de um negócio por outro, por exemplo, a escolha entre um carro novo ou um carro velho pelo mesmo valor.

Ou seja o modelo *status approach* e *outcome approach* surgiram no ordenamento jurídico como meio de validar os negócios jurídicos entabulados entre pessoas, em que, uma delas tivesse a incapacidade relativa ou absoluta. Neste caso, era necessário sempre a existência de um terceiro para representá-lo ou para assisti-lo.

Entende-se que, ao que pese a representatividade, isso consigna no ato do terceiro agir em nome próprio para buscar os desejos, vontades e direitos de outrem. Já a assistência é o agir em nome de outrem para busca de seus desejos, vontades e direitos.

Ambos auxiliam na parte intelectual da declaração de vontade. Na visão doutrinária, a legislação brasileira estava envolta em um perfil paternalista[8] no sentido em que, evita-se a consequência negativa pelo auxílio de alguém que proteja seus interesses, mas, se caso for entendido que não é algo benéfico para o indivíduo, essa declaração de vontade auxiliada é cassada em prol de um bem maior, qual seja, a proteção do incapaz.

2.1.1 A alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência com o advento do CDPD e da Lei 13.146/15

De fato que na doutrina já havia sinalizações da necessidade de alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, pelo fato de ser muito limitador, em relação às pessoas portadoras de deficiência, entretanto nada que fosse de peso suficiente para a concordância de mudanças pelo legislador.

Entretanto em 2006 a Organização das Nações Unidas, realizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que assinalou a necessidade de revisão dos artigos supra mencionados, de forma específica sobre a incapacidade, e também da interdição.

A referida ordem entabulada nesta Convenção foi recepcionada pelo ordenamento jurídico com peso de emenda constitucional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Mesmo assim, ainda não houve grandes alterações, na lei de modo concreto, os julgamentos no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal foram criando jurisprudências que convergiam com a emenda, aplicando de igual ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao momento em que foi recepcionada a CDPD como emenda no ordenamento jurídico percebeu-se a necessidade de trazê-la de modo definitivo. Flávia Piva Almeida Leite<sup>[9]</sup>, descreve a mudança na discussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência com a chegada da CDPD:

Com a discussão do projeto de lei do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, que na época do advento da Convenção estava em trâmite no Congresso, começou-se a pensar em inserir essas mudanças em definitivo em nossa seara jurídica. Houve por bem então formar-se um grupo de trabalho interinstitucional para apresentar um substitutivo àquele projeto original do Estatuto e trazer a esse projeto os ares novos, inclusivos e libertários da Convenção.

Assim conforme o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em seu artigo 84, a pessoa com deficiência passou a ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Deste modo a curatela restou guardada para situações excepcionais, conforme o artigo 85, que prevê a limitação da curatela para questões de natureza patrimonial e negocial, e para os demais atos da vida civil, restou a íntegra capacidade legal, podendo, o próprio sujeito portador de necessidades especiais, requerer em juízo o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

A ideia em si, visa retirar o caráter paternalista do ordenamento jurídico, dando uma roupagem de emancipação da pessoa com deficiência:

Nota-se que a CDPD deixa de lado o parâmetro de substituição da vontade (outcome approach) e abraça um modelo funcional (functional approach) com instrumentos de apoios a serem desenvolvidos em prol da liberdade de preferências da pessoa com deficiência. Este enfoque funcional harmoniza-se com o propósito do modelo social e reconhece o direito à igualdade de tratamento, bem como a proteção dos direitos dessas pessoas, sem deixar de dar

importância a outros sujeitos que compõem a sua rede de apoio<sup>[10]</sup>.

A ponto central a ser analisado seria o seguinte: a declaração de vontade para validade do negócio jurídico, necessita de plena consciência das consequências e caráter volitivo da declaração; a ideia da convenção é de dar a oportunidade destas pessoas poderem optar livremente pelas suas escolhas, de modo a convergir com os seus interesses, e também abrir as portas para a possibilidade do “direito de errar”<sup>[11]</sup> do ser humano.

Porém, o que pesa ainda neste contexto é a questão de como errar. Uma pessoa com pleno discernimento tem possibilidade de calcular as possibilidades e as probabilidades de erro e de acerto. A pessoa com deficiência pode não ter de modo pleno essa consciência, necessitando de um apoiador, entretanto, será apenas um apoio e não a prevenção de um erro grave, pois o que valerá será a decisão do indivíduo.

## 2.2 DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DEFEITOS INTERNOS DO NEGÓCIO JURÍDICO (ERRO E LESÃO).

De modo a não quebrar a linha do raciocínio, será analisado neste momento o início do ponto chave dos negócios jurídicos. O estudo dos elementos naturais, ou acidentais do negócio jurídico são de máxima relevância para a observação da concepção correta deste.

É de conhecimento doutrinário a existência de uma estrutura realizada pelo jurista Pontes de Miranda, denominada Escada Ponteano. Essa estrutura divide o negócio jurídico em três planos para convalidação perfeita do negócio jurídico, sendo eles: a) plano da existência; b) plano da validade, e c) plano da eficácia.

Ou seja, primeiramente o negócio jurídico tem que existir, para posteriormente ter alguma validade, e sendo existente e válido poder alcançar sua eficácia. Flávio Tartuce<sup>[12]</sup>, traz em sua obra o ensinamento do criador da Escada Ponteano:

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas poder ser, valer, e não ter eficácia (H. Kelsen, Hauptprobleme, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porquê não há validade, ou eficácia do que não é.”

Outrossim, válido o esmiuçar do ensinamento de Pontes de Miranda, com a observação de cada um de seus planos. No que concerne ao plano da existência, o que

deve ser analisado para ser considerado, o negócio jurídico como existente, é: a) o agente; b) a vontade; c) o objeto; e d) a forma. Sendo estes os pressupostos da existência.

Para o plano da validade é necessário que haja: a) capacidade do agente; b) liberdade da vontade ou do consentimento; c) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; e d) adequação da forma. Esses constituem os requisitos de validade.

E, por fim, para o plano da eficácia, deve ser averiguado se há: a) condição; b) termo; c) consequências do inadimplemento negocial; e d) outros possíveis elementos complementares. Assim, estes são os efeitos do negócio.

Ressalvadas as partes iniciais do negócio jurídico, e bem contextualizada a localização de cada um de seus elementos, passa-se a vislumbrar os defeitos do negócio jurídico.

### 2.2.1 Do erro

Ao que pese os defeitos internos do negócio jurídico, dentro do plano da validade, no quesito do consentimento, tem-se na legislação os casos de erro e lesão. No presente trabalho só serão abordados estes dois pois, dizem respeito à um defeito que não tem influência do terceiro, como os casos de dolo, coação ou estado de perigo.

Há de se analisar que muitas vezes indivíduos cometem erros em negociações, contratos, obrigações, no cotidiano, sendo algo possível em virtude da natureza humana. Entretanto há uma diferença o erro sem importância e o erro substancial.

Em princípio o erro sem importância, como o próprio nome diz, é aquele que não traz prejuízo para o negócio, não afetando a esfera jurídica ou gerando algum dano na validade ou eficácia.

Em contrapartida, o erro substancial é aquele que pode ensejar a anulação do negócio jurídico. Fábio Ulhoa Coelho<sup>[13]</sup> afirma que o erro não pode ser meramente substancial, mas também ser escusável:

O erro macula a validade do negócio jurídico quando é substancial e escusável. Considera-se substancial o erro quando a pessoa, se tivesse a verdadeira representação da realidade, não teria praticado o negócio jurídico. E escusável é o erro que passa despercebido de qualquer pessoa de diligência normal.

Ou seja, o erro substancial, conforme as hipóteses do artigo 139<sup>[14]</sup> e seus incisos do Código Civil, seria a confusão entre a real representação do negócio, por exemplo, a compra de uma pintura, acreditando ser original, porém tratando-se de uma cópia.

Em relação ao erro escusável, seria a percepção de que, qualquer pessoa, o comum indicador doutrinário – homem-médio – que passando por esta situação também incorreria em erro. Deste modo, como no exemplo anterior, uma pessoa qualquer, não teria como avaliar se o quadro era original ou não, necessitando de uma perícia. O caso em questão, trata-se de erro substancial e escusável.

Agora, em outro caso hipotético, em que um proprietário contrata um pintor para obra em sua residência, acreditando que ele realiza um tipo de pintura específica, e este ao findar da obra descobre que contratou pessoa diversa da pretendida, e que este não realiza o tipo de pintura desejada, pode ser considerável erro substancial, entretanto não escusável.

Isto porque, demonstra-se a falta de diligência do indivíduo de averiguar o serviço como um todo, como também as formas de pintura que o pintor realizava, etc.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>[15]</sup> apresenta um dos maiores problemas nas ações anulatórias fundadas no erro:

Poucas são as ações anulatórias ajuizadas com base no erro, porque difícil se torna penetrar no íntimo do autor para descobrir o que se passou em sua mente no momento da celebração do negócio. Por isso, são mais comuns as ações fundadas no dolo, pois o induzimento pode ser comprovado e aferido objetivamente.

Neste mesmo diapasão, a questão aqui a ser averiguada é novamente da capacidade da pessoa com deficiência, isto, porque após a Lei 13.146/15, houve a mudança para capacidade plena destas pessoas que são portadoras de necessidades especiais.

Ocorre que, a pessoa com deficiência nem sempre estará amparada por familiares, para conseguir discernir a fundo o grau de seu consentimento em determinadas negociações, sendo de cunho volitivo e intelectual. Ademais, o instituto da tomada de decisão apoiada é ação facultativa, sendo de escolha do próprio indivíduo ter ou não este tipo de apoio.

Flávio Tartuce, relembra em sua obra que “no tocante à incapacidade relativa de uma parte, enuncia o artigo 105 do CC/2002 que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio”<sup>[16]</sup>. Então, de modo hipotético, considerando uma pessoa que possa ter discernimento de coisas básicas, porém não de forma aprofundada, e, não



optante pela tomada de decisão apoiada, ocorrendo em erro substancial e escusável, poderá se valer de forma indevida do defeito de dolo.

Mesmo que este não o seja, isto porque, a verificação de erro nos negócios jurídicos é mais difícil, o que pode acarretar em uma responsabilidade objetiva do outro, por mais que este só viesse a saber que tratava-se de pessoa com deficiência posteriormente, e que, se estivesse com seus possíveis apoiadores o erro não teria ocorrido.

Vale lembrar que, a proteção jurídica dos negócios jurídicos deve ser abrangente de modo que resguarde os direitos da pessoa com deficiência e do terceiro de boa-fé.

### 2.2.2 Da Lesão

No que tange a lesão, ela está prevista no artigo 157, e seus parágrafos, no Código Civil, cumpre ressaltar que ela pode se dar de dois modos: um deles quando o terceiro se aproveita da situação de necessidade do outro, mesmo não tendo conhecimento, obtendo um lucro desproporcional em desfavor do indivíduo lesado; ou, por inexperiência própria do indivíduo.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>[17]</sup> afirma que a lesão se compõe de dois elementos, sendo um objetivo e outro subjetivo:

A lesão compõe-se de dois elementos: o objetivo, consistente na manifesta desproporção entre as prestações recíprocas, geradora de lucro exagerado; e o subjetivo, caracterizado pela “inexperiência” ou “premente necessidade” do lesado. O contrato é anulável porque foi viciado o consentimento da parte prejudicada, mesmo que o outro contratante não tenha tido conhecimento das suas condições de necessidade ou inexperiência, pois o Código Civil brasileiro não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido, como sucede no direito italiano e no português.

Ou seja, neste ponto o defeito se dá pela possível inexperiência do indivíduo, a exemplo, alguém que não sabe como se dá um trâmite de compra de imóvel e ao chegar em uma imobiliária adquire um bem com taxas e juros mais elevados que o valor de mercado. Ou em caso de premente necessidade, quando o indivíduo, de forma hipotética, vende seu carro por R\$ 16.000,00 sendo que o bem teria valor de mercado na média de R\$ 40.000,00, isto pois, necessitava de dinheiro para seu tratamento de saúde. Fábio Ulhoa Coelho<sup>[18]</sup> atenta para maiores detalhes da lesão:

A lesão é defeito interno de consentimento porque o constrangimento da vontade não depende de ato imputável à parte declaratória. Esta se limita a bem administrar os seus interesses, manifestando a vontade de participar de negócio vantajoso. Quando se desconhece a necessidade premente constrangedora da vontade livre, ou a inexperiência constrangedora da vontade consciente da parte declarante, age de boa-fé e terá seus interesses protegidos.

A ação anulatória por lesão também corre os mesmos riscos da ação anulatória por erro, no que tange a subjetividade de ambos os defeitos. Nos dois casos há necessidade de avaliar o que o agente pensou quando realizou o negócio jurídico.

Neste caso novamente retorna-se à capacidade civil das pessoas com deficiência, até que ponto poderá ser considerado inexperiência da parte? Se caso a pessoa estivesse com auxílio de um terceiro, poderia realizar o negócio sem máculas?

As questões em torno da tomada de decisão apoiada ainda são abrangentes, com lacunas e questões mal resolvidas. Portanto, serão abordados no próximo tópico questões pertinentes a este novo instituto jurídico incluído no ordenamento brasileiro pela Lei 13.146/15.

### 2.3 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Conforme abordado de maneira sintética nos tópicos anteriores o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015 foi elaborado com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada pela ONU, no ano de 2006.

Devidamente recepcionada as normas da Convenção no ordenamento brasileiro, publicado em 09 de julho de 2008, com força de emenda constitucional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Na época da implementação do Decreto legislativo, estava em voga a discussão do projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Aproveitando as mudanças, foi incluída na pauta a possibilidade de inserção de modo definitivo das questões estabelecidas na Convenção da ONU. A visão da Convenção constava como mais abrangente, libertadora e respeitadora dos direitos e garantias das pessoas com necessidades especiais.

A ideia de toda CDPD, foi a de dar mais autonomia a pessoa com deficiência, retirando-as do rol de pessoas incapazes (seja absoluta ou relativa), dando voz mais ativa aos seus desejos e vontades. Isso tudo foi devidamente pensado colocando em cheque as questões da dignidade da pessoa humana, sua autonomia e liberdade de escolha.

Assim o Estatuto realizou mudanças significativas no Código Civil, inicialmente com a mudança dos artigos 3º e 4º do referido Código, alterando a situação da capacidade civil das pessoas com deficiência, sendo que, torna-se regra a capacidade, e, exceção o caso de incapacidade, sendo que esta incapacidade limita-se de forma relativa.

Ainda, houve inclusão do artigo 1783-A, com seus 11 parágrafos dando nova roupagem para as formas de apoio à pessoa com deficiência, isto é, permaneceu o instituto da curatela e foi acrescentado o instituto da tomada de decisão apoiada. O Conselho Nacional do Ministério Público[19], criou um manual sobre as mudanças advindas da Lei 13.146/2015, como também explicações das causas e motivos das referidas mudanças:

Como se sabe, a interdição de direitos sempre foi uma difícil decisão para as pessoas com deficiência, especialmente àquelas com deficiência intelectual (deficit cognitivo) e deficiência mental (saúde mental) e seus familiares. Daí a justificativa para a mudança da lei e a compreensão de que eventual necessidade de apoio para o exercício de direitos recairá tão somente sobre direitos patrimoniais e negociais, tudo previamente definido em sentença do juiz, assistido por equipe multidisciplinar. Para esses atos, com os novos institutos da tomada de decisão apoiada e da curatela, a pessoa com deficiência poderá contar com apoiadores ou curadores, respectivamente, que prestarão o apoio e o esclarecimento necessários para eventuais decisões.

Neste ponto inicia a parte crucial do presente trabalho, a análise dos pontos positivos e negativos do instituto da tomada de decisão apoiada. Para isso é necessária uma análise de forma sistemática do instituto, sua organização processual e como de fato tem sido aplicado.

O artigo 1783-A do Código Civil estabelece que, a tomada de decisão apoiada é um processo pelo qual, a pessoa com deficiência elege 02 (duas) pessoas de sua confiança para prestar apoio nas decisões de atos da vida civil.

Ainda, estabelece que o pedido deve ser reduzido a termo pela pessoa com deficiência e seus apoiadores, constando sobre os limites deste apoio, prazo de vigência e o compromisso com o respeito da vontade do apoiado.

Tal pedido deve ser levado para homologação judiciária, em que, após a manifestação do ministério público, uma equipe multidisciplinar e o juiz, ouvirão o apoiado e seus apoiadores.

De forma superficial, a tomada de decisão apoiada trata sobre um apoio de duas pessoas de confiança para realizações de atos da vida civil.

### 2.3.1 Das lacunas da tomada de decisão apoiada

Como apresentado supra, a ideia da tomada de decisão apoiada é sobre a autonomia da pessoa com deficiência. Entretanto a própria norma, no artigo 1783-A do Código Civil, deixa algumas dúvidas.

Inicialmente sobre a natureza jurídica do termo da tomada de decisão apoiada, esta é de jurisdição voluntária e personalíssima, ou seja, apenas a própria pessoa portadora de deficiência tem legitimidade para formular o pedido.

Jacqueline Lopes Pereira[20] ressalta em sua obra que, a questão da legitimidade do pedido em juízo da TDA apresenta divergências doutrinárias. Em comparativo realizado pela autora apresenta o pensamento de Nelson Rosendal que compreende um lógica de “quem pode mais, pode menos” no sentido em que, o familiar que já exerça a função de curador, requerer a substituição deste instituto pelo TDA.

Em contrapartida, apresenta-se o pensamento da doutrinadora Joyceane Bezerra Menezes[21] que o pedido da TDA é exclusivo da pessoa que será beneficiada por ela.

Em virtude deste ponto da natureza jurídica, é claro na norma que trata-se de ato personalíssimo, isto porque, a própria lei frisa em vários pontos a natureza exclusiva da pessoa com deficiência como portadora da decisão de requerer ou não o TDA.

Em virtude desta discussão, em abril de 2018, na VIII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, houve a publicação do Enunciado 639[22], para dirimir novas discussões acerca da questão da legitimidade do pedido da TDA:

Enunciado 639 – artigo 1.783-A – A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um, ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

O enunciado além de tratar sobre a questão da legitimidade sobre a TDA, acaba por trazer, de forma implícita, sobre a questão da curatela, em que, não necessariamente os apoiadores devem ou podem ser os curadores da pessoa com deficiência, ou seja, pode haver um curador que seja distinto dos apoiadores selecionados pela pessoa com deficiência.

Isso apresenta uma nova margem de problema pelo conflito que pode ser gerado em relação aos institutos da curatela e da TDA, isto porque, ao invés de existir apenas uma pessoa que auxilie, assista e, eventualmente, represente a pessoa com deficiência, poderá existir até 03 (três) pessoas distintas que estejam “auxiliando a decisão” da pessoa com deficiência.

Apesar de a TDA, ser uma forma de apoio à pessoa com deficiência, no parágrafo 6º do artigo 1.783-A do CC, fica estabelecido que, em caso de divergência entre a decisão do apoiado e a opinião de um dos apoiadores, o caso deverá ser levado à juízo para que passe pela decisão do juiz, com manifestação do Ministério Público.

Ou seja, a pessoa com deficiência continua a mercê da decisão do juiz, caso seja considerado que a sua escolha não seja a mais benéfica. Joyceane Bezerra Menezes[23], explica bem a situação que vem sendo encontrada com a TDA, uma forma de curatela branda:

Mesmo com as suas características definidas em lei, a TDA vem sendo confundida com o mandato, a autocuratela, a diretiva antecipada de vontade. Não raro também, tem sido confundida com uma espécie de curatela branda. Em termos mais objetivos, vê-se que o instituto tem sido mal interpretado quanto ao seu aspecto funcional nuclear – a promoção da autonomia do apoiado.

Entretanto, vale ressaltar que, para fins da autonomia da pessoa apoiada a ideia da TDA, e de que “a apoiadora apenas auxilie a pessoa com deficiência a compreender o contexto em que sua decisão se insere e suas consequências, porém a última palavra será da pessoa apoiada”[24]. Ou seja, entre a essência da TDA, a norma positivada e a aplicação desta, existe uma obscuridade no que será devidamente realizado, em atos práticos.

### 2.3.2 – Da responsabilização do apoiador e suas consequências

Em relação ao apoiador, o artigo 1.783-A do CC, estipula que, deverá ser eleito pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas, que tenham vínculo com o apoiado e demonstrem confiança. Ocorre que, tais diretrizes, ou requisitos, são demasiadamente amplos e subjetivos.

Primeiramente o conceito de pessoa idônea, segundo o dicionário Michaelis[25], o significado de idôneo é:

Idôneo - i-dô-ne-o - adj

1 Que é próprio ou conveniente para alguma coisa.

2 Que tem capacidade de, conhecimento ou competência para realizar bem alguma coisa; apto, capaz, competente.

3 Que é digno, honrado e de honestidade inquestionável.

Ou seja, a pessoa idônea pode ser desde uma pessoa apta, ou competente para realizar o ato, como também alguém que deverá ser colocado em pauta sua honra, dignidade e honestidade.

Não muito longínquo, o ordenamento brasileiro passou pela necessidade de retirar do Código Penal a expressão “mulher honesta”<sup>[26]</sup>, em meados de 2009, devido a relativização dos crimes de estupro e crimes sexuais, quando se utilizava da honestidade, ou não, da mulher para afastar a incidência de possíveis condenações.

E agora nos deparamos novamente com a discussão de idoneidade, honra, honestidade em relação à pessoa do apoiador no instituto do TDA, porém dentro do âmbito civil. Na Revista Brasileira de Direito Civil, volume 9, a autora Joyceane Bezerra de Menezes<sup>[27]</sup>, aborda a questão de que, o juiz pode considerar o apoiador inidôneo e não concordar com a homologação deste, porém, não podendo indicar outro apoiador, por ser decisão personalíssima do apoiado:

É certo que, independentemente da previsão legal, o juiz deverá perscrutar sobre eventual conflito entre a pessoa indicada para apoiar e a que pretende o apoio. Poderá não homologar determinado apoiador, fundamentando a sua decisão no conflito de interesse, na inidoneidade do indicado ou em eventual pressão que este exerça sobre o beneficiário. Sendo a escolha do apoiador um ato personalíssimo, não poderá impor qualquer outro nome ao apoiado. Ressalta-se, por indispensável, dada a natureza do instituto da TDA, que o apoiador deve estar no exercício pleno de sua capacidade civil.

A sombra do paternalismo no ordenamento jurídico brasileiro, de qual, a TDA visava fugir, mantém-se da mesma forma que um pai às costas do filho nos seus primeiros passos.

A burocracia existente no instituto do TDA tanto para a escolha do apoiador, quanto das responsabilidades do qual é incumbido, torna a TDA um peso para o apoiador, e não uma forma de auxílio da pessoa com deficiência de alcançar a sua autonomia.

Frisa-se sobre a questão de responsabilização do apoiador, considerando a análise do artigo 1.783-A, em seus parágrafos 7º e 8º, sendo que afirma que no caso de negligência, pressão indevida ou adimplemento de suas obrigações, poderá ser oferecida

denúncia contra o apoiador, e em decorrência desta denúncia, o juiz poderá destituí-lo de seu papel, e ouvida a pessoa apoiada, a nomeação de novo apoiador.

A ideia de obrigação do apoiador é que esta “consiste na obrigação de prestação de deveres, como de diligência e de informação, a serem exercidos pelos apoiadores eleitos, os quais devem manter vínculo de confiança com a pessoa apoiada” [28].

Entretanto, não é abordada a questão de que, se denunciado o apoiador qual a sua “penalidade”? ou melhor, se há penalidade, responsabilização civil, indenização, ou algo do gênero, que aplaque esse inadimplemento em favor do apoiado.

Ademais, que validade terá uma decisão fundada no entendimento do juiz considerando, por exemplo, a inidoneidade do apoiador em virtude de uma informação não dada de forma correta? Há de se avaliar que, a pessoa que será apoiadora também pode ter seus equívocos e dúvidas. Como serão verificadas essas situações?

São dúvidas que não tem uma resposta plausível, de forma concreta afastar os anseios e temores de um eventual apoiador. Ainda cumpre, retornar ao artigo em questão e fazer uma análise anterior a esta responsabilização, ao que pese o parágrafo 6º, sobre os negócios jurídicos que apresentem risco ou prejuízo.

De forma hipotética, registre-se o seguinte exemplo: o apoiado decide realizar um negócio jurídico, que, para o seu apoiador apresenta riscos e prejuízos para seu apoiado. Mesmo em divergência de opiniões, o apoiado realiza o negócio jurídico (relembrando que a última decisão será do apoiado), e o apoiador, em virtude de evitar conflitos não comunica ao juiz essa dissonância de opiniões.

Posteriormente, o negócio jurídico apresenta grande prejuízo, e devido a uma denúncia, vai ao conhecimento do juiz tal situação. A partir disso, o juiz analisando o caso, decide pela destituição do apoiador, fundamentando que este foi inidôneo ou negligente.

Em relação a este exemplo, onde fica a autonomia da pessoa com deficiência, e mais, onde reside a ideia de permitir o “direito de errar” [29] do indivíduo? Existe um paradoxo premente entre a autonomia da pessoa com deficiência como também com a salvaguarda dos direitos da pessoa com deficiência.

Nelson Rosenvald [30] realiza essa relação entre o parágrafo 6º e 7º, entre o negócio jurídico que traz prejuízo e a responsabilização do apoiador:

A participação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica (art. 179, CPC/15) também será decisiva se houver conflito de interesses entre o beneficiário e os apoiadores. Como se extrai do §

6º, do art. 1.783-A, “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”. Na vertente da boa-fé objetiva, os apoiadores exercerão os deveres de proteção, cooperação e informação perante a pessoa com deficiência e, em caso de dissenso, advertirão o magistrado sobre o conflito de interesses. Atos danosos ao interesse do beneficiário poderão motivar a incidência do § 7º, do art. 1783-A: “Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz”.

Apesar de, na sua essência, o TDA ser um instituto com viés com finalidade de chancelar a liberdade da pessoa com deficiência, ela mantém a sombra paternalista do ordenamento jurídico, em muitas situações furtando o poder de escolha do indivíduo.

A discussão do presente trabalho visa justamente apresentar as inúmeras situações contraditórias do instituto do TDA, que traz uma forma de curatela mais branda, ou também denominada autocuratela, com uma roupagem de autonomia da pessoa com deficiência.

O instituto apresenta diversas máscaras em várias camadas da escolha do indivíduo, abrindo possibilidade que seus direitos serem escolhidos pelo Judiciário, em virtude de acontecimentos negativos, que, em tese, deveriam ser arcados pela própria pessoa com deficiência considerando que esta, salvo se amparada pela curatela, é pessoa plenamente capaz.

## 2.4 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TERCEIRO

No artigo 1.783-A do CC, no seu parágrafo 4º e 5º, trata sobre a relação negocial da pessoa apoiada em relação a terceiros. Estipula-se no parágrafo 4º que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos em relação a terceiros, sem restrições, desde que inserida nos limites do apoio acordado.

O parágrafo torna-se um tanto quanto desconexo, considerando que o parágrafo anterior (parágrafo terceiro) ainda estava tratando sobre a parte procedimental do processo de homologação do termo de tomada de decisão apoiada.

Entretanto, o parágrafo 4º, em sua interpretação determina que, a decisão que for tomada com o apoio dos apoiadores terá efeitos a terceiros, sem restrições, desde que



este negócio jurídico firmado entre a pessoa com deficiência e o terceiro, esteja de acordo com os limites do termo da TDA.

Já no parágrafo 5º é feita uma salvaguarda para o terceiro, em que fica estabelecido que, o terceiro poderá solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Novamente, nestes parágrafos do artigo o legislador deu um tom de assistencialismo, como uma curatela branda, em relações negociais. Isso porque, no parágrafo quarto estipula que, o negócio jurídico só terá efeitos sem restrições, caso a decisão tomada, esteja nos limites do termo da TDA.

E ainda continua no parágrafo quinto, dando a faculdade de se requerer a contra-assinatura dos apoiadores, à pedido do terceiro, a fim de cancelar a decisão tomada. Jacqueline Lopes<sup>[31]</sup>, traz o pensamento dos autores Andreson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares, sobre essa faculdade em relação a contra-assinatura, nomeando-a como uma faculdade inútil, já que será uma atividade de praxe solicitada pelo terceiro:

[...] por um lado, porque o próprio dispositivo não reserva qualquer consequência jurídica diferenciada na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores. Ainda assim, a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio jurídico celebrado.

Ou seja, apesar de apresentar-se como faculdade acabará, por consequência de maior segurança para o terceiro, uma obrigação implícita. Isto porque, como visto nos tópicos anteriores, há um grande risco de o negócio jurídico ser sentenciado com erro, dolo ou até mesmo lesão, considerando que, na ausência dos apoiadores, a alegação da pessoa com deficiência poderá ser que foi induzida a negociar de forma diversa da qual realmente desejava.

Devido a existência dessa lacuna há um Projeto de Lei nº 757/2015 que tenta dirimir o receio de terceiros em relação aos negócios jurídicos firmados com pessoas deficientes. A ideia é a inserção no dispositivo normativo de que a TDA não será registrada ou averbada no registro de pessoas naturais – possível parágrafo 14 do artigo 1.783-A – deste modo, tentando aliviar a ideia de que os apoiadores tem uma obrigação constante de estarem cancelando os negócios jurídicos de seus apoiados.

Se mantida a redação atual, não há norma específica que estipule sanção ou vício ao negócio jurídico constituído, pois reforça-se, trata-se de pessoa plenamente capaz. A redação do PLS 757/2015 não resolve a questão, conquanto o legislador pretende repisar a validade dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência apoiada, mesmo que sem a participação dos apoiadores:” § 12. Os negócios jurídicos e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que se trata o §5º deste artigo”.

Entretanto a Projeto de Lei nº 757/2015 não resolve em nada a lacuna existente, pelo contrário, transforma o artigo 1.783-A em uma colcha de retalhos, que prolonga ainda mais as incertezas e dúvidas sobre a validade dos negócios jurídicos com ou sem a presença dos apoiadores.

#### 2.4.1 Da diferença dos negócios jurídicos nulos e anuláveis

Inicialmente cumpre a análise das características sobre os negócios jurídicos sejam eles nulos ou anuláveis. A anulação ou nulidade do negócio jurídico só pode ser declarada de forma judicial, ou seja, até que seja levado a juízo nenhum negócio jurídico é inválido.

Os aspectos que levam a diferenciação dos negócios jurídicos nulos e anuláveis são em relação aos efeitos, em relação a legitimidade para arguir a nulidade ou anulação, em relação a possibilidade de ratificação e em relação a prescrição.

Em relação aos efeitos os negócios jurídicos nulos não produzem nenhum efeito jurídico, e se caso houvesse produção seriam<sup>[32]</sup> desconstituídos desde seu nascimento. O caso clássico seria o negócio jurídico realizado por um absolutamente incapaz, como por exemplo, uma venda ou aquisição de bem. Desde a origem o negócio em si é nulo.

Em contrapartida, o negócio jurídico anulável produz efeitos, até que seja declarada sua anulabilidade. Em caso hipotético de venda ou compra por um relativamente incapaz, quando declarada a sua anulabilidade – em relação ao negócio jurídico – retorna-se ao *status quo ante*, ou seja, o bem volta para seu proprietário de origem e o valor pago para o seu comprador de origem. Entretanto, se, durante este lapso temporal – entre o negócio entabulado e sua declaração de anulabilidade – os frutos provenientes deste negócio, permanecem com quem os recebeu.

Quanto à legitimidade, nos casos de declaração de nulidade, qualquer interessado pode requerer a declaração, inclusive o próprio Ministério Público, ou até mesmo o juiz, de ofício, se caso não houver pedido expresso de nulidade do negócio em processo em curso.

Já nos casos de anulabilidade apenas os interessados podem entrar com o pedido de declaração de anulação do negócio, não há poder ao Ministério Público ou ao juiz requerer a anulação do negócio realizado.

No caso da ratificação esta possibilidade cabe apenas aos negócios anuláveis, isto porque, é um ato pelo qual as partes, ao perceber que o negócio jurídico pode ser anulado decidem não o fazer, de forma expressa ou tácita, convalidando os efeitos no tempo. No caso na nulidade não há possibilidade dessa ratificação, nem de modo expresso ou tácito.

E por fim quanto a prescrição esta atinge apenas aos negócios jurídicos anuláveis, inclusive pela situação acima elencada, se não houver declaração de vontade de anulação do contrato, este se convalida no tempo. No caso de negócios nulos, a causa é imprescritível, pois esta não tem como convalidar no tempo.

#### 2.4.2 Dos negócios jurídicos anuláveis e o advento da Lei 13.146/2015

Como visto no tópico acima os negócios jurídicos podem ser nulos ou anuláveis, e, uma das causas de nulidade do negócio jurídico é a incapacidade do agente, como visto no início deste presente trabalho, em conformidade com a teoria da escada ponteano.

Com a mudança na legislação as pessoas com deficiência passaram a ter capacidade plena, o que retira dos casos anteriores a declaração de nulidade dos negócios jurídicos, mas sim, a possibilidade de declarar sua anulação. Viviane Cristina de Souza Limongi<sup>[33]</sup> faz essa análise:

Até o Código Civil de 2002, um negócio jurídico firmado por uma pessoa absolutamente incapaz – ou seja, sem discernimento causado por alguma causa físico-biológica – era apenado com a sanção de nulidade, pois desde seus nascidouro se observava a falta de um elemento orgânico e vital sem o qual o ato deveria ser considerado como não realizado, como não tendo vida, como afirma Martinho Garcez. É a lei que declara a nulidade; é ela quem qualifica o ato como nulo, cabendo ao juiz a mera pronúncia e aplicação da pena. O ato nulo não convalida, nem mesmo pela decadência da ação de nulidade, ou por institutos de acomodação, como o caso da renúncia tácita ou da supressio.

Deste modo, a nulidade do negócio jurídico, visa salvaguardar os direitos de pessoas consideradas absolutamente incapazes, para que não haja risco para essa pessoa, em detrimento de negócio jurídico mal realizado.

Após a Lei 13.146/2015 com a situação em que a pessoa com deficiência tornou-se plenamente capaz, houve uma abolição do requisito de consciência da juridicidade da declaração, sendo que agora, basta que a pessoa com deficiência declare (vontade de conduta externa) para que o negócio seja válido[34].

Importa realizar um paralelo com os primeiros tópicos do presente trabalho onde foi abordada a capacidade civil e a declaração de vontade; sendo que, a declaração de vontade para ser completa deve conter duas partes, a compreensão (esfera intelectual) e o desejo de querer (esfera volitiva).

Ou seja, no caso das pessoas com deficiência o que basta para o negócio jurídico ser válido é a declaração de querer, e não de compreender. Entretanto o que mais pesa sobre o consentimento é a compreensão daquilo que se está negociando.

Considerando que a partir do Estatuto a Pessoa com Deficiência é plenamente capaz, a questão da tutela dos incapazes pode se ver minimizada, dependendo apenas da pessoa com deficiência para acolher ou não os casos de anulação do negócio jurídico, em tese.

Como se vê, o novo paradigma de incapacidade instituído pelo Estatuto, prevê que a celebração de um negócio jurídico por uma pessoa sem discernimento constitui invalidade menos grave, porquanto é concedida à parte a faculdade de convalidá-lo ou não, sem interferências de terceiros ou do Ministério Público[35].

Isto porque, o negócio jurídico para pessoas com deficiência tornou-se anulável e não nulo. Todavia, como analisado no tópico anterior, no mesmo diapasão da citação supra, os negócios jurídicos anuláveis, não poderão ter interferência de terceiros, ou do Ministério Público, e muito menos ser decretado de ofício pelo juiz.

Porém, no parágrafo §6º do artigo 1.783-A do Código Civil, fica estipulado que “em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”.

Sendo que trata-se de pessoa plenamente capaz, e, o negócio jurídico é anulável, podendo ser convalidado pelas partes, qual a função do Ministério Público dentro do processo?

Nota-se novamente, como já visto de forma exhaustiva, que o instituto do TDA, mantém várias facetas em que possa haver a interferência, tanto do Judiciário, como do Ministério Público, na vida da pessoa com deficiência.

De fato, não há uma autonomia garantida, não existe uma liberdade sobre o poder de escolha, considerando que, se por opinião alheia o negócio for considerado prejudicial haverá interferência do juiz e do Ministério Público, para avaliar se pode ou não ser realizado tal ato. Ainda em questão sobre a função do Ministério Público nos casos apresentados, cumpre a análise da participação deste em todo o processo de homologação da TDA, como também na necessidade das manifestações desta entidade em questões, como visto anteriormente, de cunho particular, como deveria ser a escolha ou não pelo negócio jurídico.

## 2.5 DA HOMOLOGAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste ponto cabe analisar a função do Ministério Público, referente tanto ao processo de homologação do termo da tomada de decisão apoiada, como também em casos de destituição do apoiador, ou de conflito de opiniões entre o apoiado e o apoiador para casos de negócios jurídicos contemplados com risco ou prejuízo considerável.

Ocorre que, necessário se faz o questionamento seguinte: qual a função do Ministério Público nestes casos, considerando tratar-se de pessoa plenamente capaz?

Hugo Nigro Mazzilli<sup>[36]</sup> em sua obra sobre o Ministério Público aponta de forma clara as funções e necessidades encontradas no Judiciário, para que, haja a presença do MP, e assim, assegurar o direito de terceiros, sejam eles partes ou não de processos:

Na esfera cível, o papel do Ministério Público é tão relevante quanto na esfera criminal, e ultimamente suas funções vêm crescendo significativamente nesta área. Pode ser órgão agente, quando toma a iniciativa de provocar o Poder Judiciário em inúmeras ações. As ações que o Ministério Público pode propor não são apenas aquela meia dúzia de hipóteses mais conhecidas, como a ação de nulidade de casamento e a ação de interdição. Trata-se, antes, de mais de uma centena delas, conforme levantamentos que temos feito. Pode ainda ser órgão interveniente, nos processos em que, diante da qualidade de uma parte, deve zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade. Por exemplo, intervém pela qualidade da parte e quando

se verifica no processo a presença de incapaz, de índios, de fundação, de massa falida, de acidentados do trabalho. Pode, enfim, ser órgão interveniente agora porque, pela natureza da lide, pode existir um interesse público a zelar. Como exemplo desta última forma de intervenção, temos o mandado de segurança, as questões de família, de estado, de testamento etc.

Já neste trecho observa-se que o Ministério Público atua de forma a suprir e zelar pela possível indisponibilidade de interesses ou inferioridades de determinadas pessoas. No caso supra, apresenta-se ainda a questão, muito bem colocada, dos incapazes. Ainda, Mazzilli apresenta uma sistematização realizada por Antonio Aldo Ferraz Dal Pozzo<sup>[37]</sup>, para saber onde o Ministério Público é imprescindível:

Empreendendo a difícil tarefa de buscar sistematizar as formas de intervenção ministerial no processo, Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo identificou a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público nas seguintes situações: "1ª) Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo. É o que ocorre, por exemplo, com os acidentados do trabalho, que devem enfrentar, em juízo, toda uma autarquia especializada em contrariar pretensões dessa natureza. Sem o Ministério Público, em casos assim, o processo seria um método injusto de solução dos conflitos. 2ª) Quando a condição da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada. 3ª) Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge. 4ª) Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos)."

Se, bem cautelosamente seguir-se a sistematização apresentada por Antônio Aldo, fica evidente notar que, os casos da Lei 13.146/2015 apresentados, não deveriam, por regra, ter a presença do Ministério Público, isto porque, a parte autora da TDA é a própria pessoa com deficiência, plenamente capaz, exercendo um direito personalíssimo seu; não há limitação que torne seu direito indisponível ou disponível de forma limitada, isto porque

é pessoa plenamente capaz, tratando de assuntos de versam sua vida privada, particular, sem que haja necessidade de intervenções ministeriais; não está em jogo um bem a vida, pode, porventura, atingir questões patrimoniais, mas que, em todo caso, não é de competência do MP a intervenção; e por fim, não é caso de interesses difusos ou coletivos.

Ainda, a fim de ratificar o pensamento da questão do funcionalismo do MP, Ítalo Costa Dias<sup>[38]</sup>, ao realizar a obra sobre a evolução do MP nas Constituições brasileiras, frisa a ligação entre o Ministério Público e a assistência aos hipossuficientes:

Ademais os representantes do *Parquet* hodiernamente exercem atribuições em vários segmentos da proteção dos hipossuficientes e dos preceitos constitucionais assegurados à todos os brasileiros como a saúde, preservação da probidade administrativa, direito a cidadania, proteção integral a infância e juventude, ao consumidor, meio ambiente adequado e outros tantos interesses transindividuais ou metaindividuais indisponíveis.

Ou seja, se a ideia central do MP é auxiliar pessoas que não tem alcance total de seus direitos, qual a funcionalidade desta entidade nos processos que versem sobre os interesses das pessoas com deficiência?

Nelson Rosendal, fala em sua obra *O direito civil em movimento*, sobre a única possibilidade real e legal que teria cabimento da intervenção do Ministério Público, que seria a modificação da interdição – curatela – para tomada de decisão apoiada, sobre a luz de que “quem pode mais, pode menos”<sup>[39]</sup>.

Não entra em cheque neste momento a diversidade de pensamento com outros doutrinadores sobre a possibilidade ou não desta função ser exercida pelo MP, mas sim, que por ser um processo de transição, entre a interdição e a TDA, a presença do MP seria plausível.

O que ocorre no processo da TDA é que, o ordenamento jurídico se mantém mascarando o caráter paternalista do legislador brasileiro. Tanto é fato que a própria doutrina, compara a função do MP nos casos de curatela com o caso da TDA:

Importante destacar essa faceta do Ministério Público nos processos de interdição da pessoa com deficiência, que deixa de ser o *custos legis*, o mero fiscal da lei, equidistante do interesse do curatelando no feito, para ser o seu defensor, quando não for o autor da ação. Isto é uma mudança na atribuição do Ministério Público que estava no Código Civil de 1973. Dessa forma, quando o Promotor de Justiça

da Vara cível ou da Vara de Família não estiver como autor da ação de interdição, funcionará sempre, devido sua intervenção obrigatória no processo de curatela, como defensor da pessoa com deficiência, por força do contido no artigo 1.170 do Código Civil alterado pela LBI. Da mesma forma, o Ministério Público atuará na proteção da pessoa com deficiência no processo de tomada de decisão apoiada<sup>[40]</sup>.

Fica clarividente a visão de que o ordenamento jurídico constituiu a pessoa com deficiência como pessoa capaz apenas de forma teórica, e não de forma prática. Isto porque, a presença do Ministério Público torna-se como uma muleta jurídica para a pessoa com deficiência, ou seja, na teoria pode ser o indivíduo detentor de suas escolhas, direitos e deveres, porém na prática sempre haverá a sombra de, como por exemplo, um pai cautelando o andar de seu filho, sobre a premissa de estar protegendo ele de si mesmo.

### **3 CONCLUSÃO**

Ao findar do presente trabalho denota-se que o instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, nada mais é que uma forma de curatela mais branda. A necessidade premente de realizar algo que estivesse de acordo com a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, fez com que o ordenamento jurídico criasse um novo instituto, uma nova roupagem em um corpo velho.

Isso porque, como analisado minuciosamente nos tópicos do presente artigo, ficou claro que, em momento algum o ordenamento jurídico deu a liberdade que prometeu com a realização da Lei 13.146/2015, pelo contrário, fantasiou novos aspectos que apenas dão um ar de inovação, sem grandes realizações.

O aspecto paternalista do ordenamento jurídico brasileiro se manteve, tal qual quando o filho entra na adolescência e o pai concede novas responsabilidades para este, sem deixar de estar presente e atento, analisando seus movimentos, suas escolhas de modo a cuidar de seus interesses, sem agir de forma direta, como antes fazia.

Nada explica melhor a ideia do cuidado do ordenamento jurídico, como o exemplo familiar do cuidado do pai com seu filho. O cerne do presente trabalho, foram as questões relativas ao negócio jurídico, questões que giram em torno do patrimônio, seja ele móvel ou imóvel, compra e venda, locações, empréstimos, negociações em geral.

Isto pois, quando o judiciário não está de forma clara interferindo na vida da pessoa com deficiência, também há demonstrações de cunho indireto de interferência, seja com a presença de equipe multidisciplinar (no caso da homologação da TDA), a presença do Ministério Público, (para manifestação quanto a homologação da TDA, e também, nos



casos de risco do negócio jurídico), e também a presença do próprio juiz (para a avaliação da idoneidade do apoiador).

Não obstante, como apresentado no trabalho, há a possibilidade de um indivíduo ser auxiliado tanto na curatela como na tomada de decisão apoiada. Ou seja, serão duas demandas judiciais, com institutos diferentes, para que a finalidade seja quase a mesma. O que deve ser contabilizado aqui não é apenas a realização de duas demandas, mas o custo da movimentação do Judiciário em relação a este novo instituto.

Atentamente pode-se realizar a seguinte análise: desde a entrada do processo da TDA até o efetivo arquivamento do mesmo, muitas situações podem acontecer no ínterim desta. Como por exemplo, antes de acabar o prazo limite da TDA, ser considerado o apoiador inidôneo para sua função, o que demandaria a reabertura do processo que, provavelmente estava suspenso, para realizar toda uma análise se, este deve permanecer ou não no cargo/função que lhe foi atribuído. Ainda, se houver discrepância de entendimentos entre o apoiado e o apoiador, sobre negócios jurídicos, novamente o processo deverá sair da sua suspensão para que seja decidida esta questão.

Foram citados apenas os 3 pilares mais apontados pela legislação – a homologação do TDA, a destituição do apoiador, e o conflito de opiniões – sem contar que poderão surgir outras necessidades que não foram imaginadas aqui.

Ou seja, é um processo contínuo sem um fim realmente declarado, e que, deste modo, vai continuar necessitando da presença do juiz, do cartório que movimenta tal processo, do promotor, da equipe multidisciplinar, e etc.

Isto tudo gera um gasto, uma burocracia e um desgaste desnecessário. A ideia de dar autonomia para a pessoa com deficiência é de fato importante, inovadora, libertadora e necessária. Entretanto, o que foi apresentado pela Lei 13.146/2015 não chega aos pés da essência da ideia que a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência elaborou e quis que fosse colocado em prática.

Vai muito além de ter alguém que te estenda a mão para tomar decisões corretas, é a chancela de que, ter deficiência não torna melhor ou pior que qualquer outra pessoa, é o primeiro passo para a raiz da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do entendimento de que todas as pessoas podem e devem ser livres para suas escolhas, sejam elas boas ou ruins.

O que aconteceu de fato no ordenamento jurídico em relação ao instituto do TDA foi a positivação de um mero palpite, sendo que, se não for aceito tem “sanções” não para o apoiador somente, mas também para o apoiado. Isto porque, se houver divergências de

opiniões, o apoiador para salvaguardar sua obrigação de maneira incólume, deve levar isso a conhecimento do juiz.

A partir do momento que vai para o juiz a autonomia da pessoa com deficiência é deixada de lado, porque, novamente um terceiro irá decidir por ela, irá escolher por ela. Isso nem de longe pode ser considerado como uma liberdade, quiçá a aplicação completa da capacidade civil plena do indivíduo.

Por fim, necessário frisar o descontentamento e decepção que tal instituto representa, seja pelas suas lacunas, ou até por sua forma mascarada de encarar a autonomia do indivíduo com deficiência física, mental ou motora.

Ademais nada mais há neste instituto que uma forma singela de manter o intervencionismo do Estado, porém com uma máscara de proteção às pessoas com deficiência, porque elas ainda são vistas como hipossuficientes.

Se não fosse isto a realidade não teria motivos para ainda, fora as próprias intervenções estatais pelo Judiciário, na pessoa do juiz, manter a presença do Ministério Público. Não há lógica da intervenção do Ministério Público em processos referentes a negócios jurídicos, sejam eles positivos ou negativos, entre a relação particular.

Entretanto, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem realizando tentativas, tentando encontrar meios para realizar a inclusão das pessoas com deficiência, dar voz aos seus direitos e deveres, e meios dos quais estes indivíduos possam fazer valer suas prerrogativas inatas como cidadãos plenamente capazes.

Ainda há uma necessidade de mudança cultural do intervencionismo do Estado em situações particulares, para que, a autonomia, a liberdade, o direito, o dever, a escolha, sejam coisas normais para todos, sem a necessidade da sombra paternal do Judiciário existir no cotidiano da sociedade.

## REFERÊNCIAS

Barbosa, Ruchester. **'Mulher honesta': conheça a origem da expressão.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>> acesso em: 28/11/2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1**/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 333.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-publicacoes-site.pdf>>. acesso em: 28/11/2019.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela**: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016.

DIAS, Ítalo Costa. **Ministério Público Brasileiro, uma breve análise de sua evolução nas constituições brasileiras**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – n. 3, dez./2015. Curitiba, Paraná.

Dicionário Michaelis. **Idôneo**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=9oyQb>> acesso em: 28/11/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito Civil: parte geral, volume 1**. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito Civil: parte geral, volume 1**. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015**/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015**/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015):** reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015):** reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015):** reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015):** reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público.** Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público.** Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Apud.: Prefácio à obra Curadoria de ausentes e incapazes, deste autor, ed. APMP, São Paulo, 1988.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins.** Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins.** Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada:** instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 9 – Jul /Set 2016.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual** – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. Instituições de direito civil. Vol. III. Cap. II, item 94.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: CONCIL OF EUROPE. Who gets to decide: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 12. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 28/10/2017.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem Stefano Rodotà. (Coord.). ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 53.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada** – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Congresso brasileiro de direito de Família (10. : 2015 : Belo Horizonte, MG) C749 Famílias nossas de cada dia. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**/Nelson Rosenvald – Salvador: JusPODIVM, 2017.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NOTAS:

---

[1] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 32.

[2] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 33.

[3] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 39.

[4] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 40.

[5] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 53.

[6] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. Instituições de direito civil. Vol. III. Cap. II, item 94.

[7] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 39.

[8] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 40.

[9] LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 424.

[10] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 53.

[11] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 54.

[12] TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 332.

[14] Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. Direito Civil: parte geral, volume 1. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129.

[16] TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 106.

[17] GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. Direito Civil: parte geral, volume 1. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142

[18] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 333.

[19] Conselho Nacional do Ministério Público Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016. p. 6.

[20] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 137.

[21] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins. Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017. p. 87.

[22] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-publicacoes-site.pdf>>. acesso em: 28/11/2019.

[23] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins. Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017. p. 84.

[24] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 130.

[25] Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=9oyQb>> acesso em: 28/11/2019.

[26] Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>> acesso em: 28/11/2019.

[27] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 9 – Jul /Set 2016. p. 48.

[28] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 132.

[29] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: CONCIL OF EUROPE. Who gets to



decide: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 12. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 28/10/2017.

[30] ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Congresso brasileiro de direito de Família (10. : 2015 : Belo Horizonte, MG) C749 Famílias nossas de cada dia. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2015. p. 7.

[31] PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem Stefano Rodotà. (Coord.). ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 53.

[32] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 345.

[33] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 171.

[34] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 172.

[35] LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 173.

[36] MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. p. 7.

[37] MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Apud.: Prefácio à obra Curadoria de ausentes e incapazes, deste autor, ed. APMP, São Paulo, 1988.

[38] DIAS, Ítalo Costa. Ministério Público Brasileiro, uma breve análise de sua evolução nas constituições brasileiras. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – n. 3, dez./2015. Curitiba, Paraná. p. 175.

[39] ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento/Nelson Rosenvald – Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 127

[40] LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 433-434.

## **O DIREITO SUBJETIVO DA VÍTIMA ANTE A TRANSIÇÃO DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**ELVISLANE TEIXEIRA SANTANA:** Graduada em História pela Universidade do Estado da Bahia (2010 - 2014). Tem como principais linhas de pesquisa temas relacionados à escravidão e família. Tem experiência na área educacional. Atua como educadora no Município de Caetité desde 2009. Já lecionou para o Ensino Infantil e Fundamental I e II. Atualmente cursa bacharelado em Direito pelo Centro Universitário - FG (UniFG)<sup>86</sup>.

**RESUMO:** Ao longo dos anos, o Código Penal passou por diversas alterações, sobretudo nos crimes contra a dignidade sexual, em especial, com a Lei nº 13.718/2018, que modificou a titularidade da ação penal para esses delitos. Por essa razão, o presente artigo tem como objetivo analisar tais mudanças e os impactos provocados na vida das vítimas. Para sua elaboração, fez-se uso de estudos de obras bibliográficas e de casos, com abordagem qualitativa e método dedutivo, pautando-se sobretudo em artigos, jurisprudências, revistas eletrônicas e impressas, bem como em doutrinas relevantes que discorrem acerca do tema. Assim, verificou-se que a mudança da titularidade da ação penal teve avanços em relação à perspectiva utilitarista, todavia, do ponto de vista subjetivo do direito da vítima, a mudança pode ser considerada um retrocesso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes sexuais. Dignidade. Ação Penal. Titularidade.

**ABSTRACT:** Over the years, the Penal Code has undergone several changes, especially in crimes against sexual dignity, especially with Law No. 13,718/2018, which modified the ownership of criminal proceedings for these crimes. For this reason, this article aims to analyze such changes and the impacts caused on the lives of victims. For its elaboration, studies of bibliographic works and cases were used, with a qualitative approach and deductive method, based mainly on articles, jurisprudence, electronic and printed journals, as well as relevant doctrines that discuss the subject. Thus, it was found that the change in the ownership of criminal proceedings has made progress in relation to the utilitarian perspective, however, from the subjective point of view of the victim's right, the change can be considered a setback.

**KEYWORDS:** Sex crimes. Dignity. Criminal Action. Ownership.

---

<sup>86</sup> E-mail: laneteixeira@ymail.com

## INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar, sob uma perspectiva crítica, as consequências advindas com a mudança de titularidade da ação penal, frente aos crimes que ofendem a dignidade sexual. Com a reforma trazida pela Lei nº 13.718/2018, tais crimes, que eram de ação penal pública condicionada a representação, possibilitando assim, que a vítima do abuso tivesse a opção de escolher entre propor ou não a ação penal, passaram a ser regidos pela ação pública incondicionada, sendo irrelevante seu posicionamento, pois, independentemente de sua vontade, a ação penal será proposta.

Nesse sentido, indaga-se até que ponto essa falta de necessidade de consentimento do ofendido para iniciar a ação atinge seu direito subjetivo, buscando, ainda, compreender os impactos que a mudança da titularidade da ação penal provocou na vida das vítimas desses crimes, destacando seus pontos negativos e positivos.

Realiza-se, então, uma observação prática acerca dos crimes contra a dignidade sexual, tendo como pano de fundo as mudanças da sociedade nos últimos anos, abordando a Lei nº 13.718/2018, que reformou o Código Penal no Título que trata dos delitos sexuais, alterando drasticamente a titularidade da ação penal nesses crimes.

Assim, a partir das alterações na titularidade da ação penal nos crimes previstos nos Capítulos I e II, do Título VI do Código Penal, passou-se a ter como protagonista o Ministério Público, retirando a vítima do seu papel principal como detentora do direito de ação, o que provocou impactos significativos em sua vida. Nesse sentido, este estudo possibilitará elucidar se a referida mudança da titularidade da ação penal, de condicionada à representação para incondicionada, atingiu, de alguma forma, o direito subjetivo da vítima de autorizar a propositura da ação, na medida em que a lei sobrepôs o interesse coletivo ao desejo individual do ofendido.

Nessa perspectiva, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental de abordagem qualitativa, através do método dedutivo, para averiguar a possibilidade de ofensa ao direito subjetivo da vítima quando da alteração da titularidade da ação penal, utilizando-se, para tanto, de consultas a artigos científicos, dissertações e doutrinas de autores renomados que discorrem acerca da temática.

Para tanto, o artigo será dividido em tópicos, que irão abordar os aspectos da mudança da titularidade da ação penal e a possibilidade de ofensa à intimidade e liberdade do ofendido. O primeiro tópico discorrerá sobre a distinção entre os direitos tutelados antes da alteração da titularidade da ação e aqueles que foram privilegiados posteriormente. O segundo realizará um apanhado histórico do papel da vítima no Processo Penal Brasileiro, enquanto o terceiro tópico apresentará uma análise crítica acerca dos avanços e retrocessos da mudança da titularidade da ação penal, a partir da queixa-

crime (1940) à ação penal pública incondicionada (2018). O quarto tópico suscitará um conflito existente entre o interesse coletivo e a vontade subjetiva da vítima no que tange à propositura da ação penal. E, por fim, o último tópico versará sobre a revitimização provocada quando o Estado, independentemente da vontade da vítima, obriga-a a sofrer as consequências de uma ação penal pública incondicionada.

## **1.O UTILITARISMO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES SEXUAIS**

Os crimes contra a dignidade sexual, até setembro de 2018, eram tutelados pela ação pública condicionada a representação, o que dava à vítima, a opção de escolher entre propor ou não a ação penal. Entretanto, a reforma promovida pela Lei nº 13.718/2018 alterou a competência para seu ingresso, tornando-a pública incondicionada. Assim, a ação penal será proposta ainda que a vítima não tenha anuído, pois o seu titular é o Ministério Público. Nesse sentido, surge a indagação se a alteração dessa titularidade, que priva o ofendido da escolha de ingressar ou não com a ação penal, viola seu direito subjetivo (CORTEZ NETO, 2019).

Aqui, destaca-se que se a mudança da titularidade da ação penal for apreciada sob uma perspectiva utilitarista, pode-se dizer que a alteração da Lei nº 13.718/18 é benéfica e vantajosa para a sociedade, na medida em que o enfoque é para que os criminosos sejam punidos, em nome de um bem maior que é a coletividade, pois, havendo a devida penalização, não voltarão a cometer o delito, estando, desta forma, toda a sociedade protegida.

A mudança na titularidade da ação penal abriu exceção expressa ao direito subjetivo da vítima em prol do monopolismo da ação pública incondicionada para defesa do interesse coletivo, conseqüentemente, considerando-o maior que o próprio interesse pessoal da vítima, o que evidencia uma postura notadamente utilitarista (ANDRADE, 2019).

Por outro lado, levando-se em consideração uma perspectiva subjetiva, verifica-se fragilizado o direito da vítima, haja vista que foi ela quem foi agredida, violentada, estuprada, etc., portanto, nada mais justo que ela decida se quer ou não oferecer queixa-crime contra o seu agressor. Isto porque, não se trata de qualquer crime, mas de crimes contra a dignidade sexual, cujo constrangimento da vítima é ainda maior, pois, além da inquestionável dor física, está suscetível, também, a consequências psicológicas e sociais (CORTEZ NETO, 2019).

Diante das duas perspectivas, é possível concluir que há uma disparidade entre os interesses do Estado, que fundamentam a alteração por meio de uma abordagem utilitarista, isto é, do bem coletivo, e o interesse do ofendido, que muitas vezes prefere não

ingressar com a ação por considerar o constrangimento que tal procedimento acarretaria mais danoso que a impunidade do infrator.

Sendo assim, percebe-se que não há, por parte do Estado/legislador, uma preocupação com a vítima, em ampará-la e protegê-la, ofertando-se os cuidados de que necessita, uma vez que o atual sistema punitivo a usa simplesmente como uma parte do processo, objetivando apenas criar bases para se chegar ao real protagonista do sistema criminal que é o autor do delito (ANDRADE, 2019).

## **2.A VÍTIMA COMO COADJUVANTE NO PROCESSO PENAL**

No processo criminal, a vítima é a pessoa que sofre violação de normas de direito penal, ou seja, aquela que é atingida pela prática de crime. Embora esta, em decorrência do mesmo fato criminoso, possa também sofrer prejuízos nas esferas cível e administrativa (FERRARI; GOMES, 2005).

Importa dizer, ainda, que a vítima desempenha papéis diferentes de acordo com o tipo de ação penal. Na ação penal pública incondicionada, por exemplo, o inquérito policial pode ser instaurado sem a sua manifestação, uma vez que poderá iniciar-se de ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Já no caso da ação penal pública condicionada a representação, proceder-se-á, como o próprio nome pressupõe, mediante representação da vítima. E, por fim, em caso de ação penal privada, dar-se-á através de queixa, mediante requerimento oral ou escrito pelo ofendido ou quem tenha a qualidade de representá-lo (BRASIL, 1941).

Mister se faz, então, um apanhado histórico do papel da vítima no processo penal, compreendendo que, por séculos, esta vem perdendo o protagonismo perante a persecução penal e a repressão contra o agressor, ou seja, esses agentes prejudicados pela ocorrência do crime foram desprezados perante o delito em si e o criminoso (CORTEZ NETO, 2019).

Conforme esclarece Andrade (2019), desde os séculos XII e XIII, a vítima vem sendo excluída como sujeito atuante do processo penal e substituída por um representante do soberano ou do Estado, com um prejuízo estrutural e irreversível para ela, uma vez que ficava eliminada do procedimento que lhe interessava diretamente. Desta forma, todo o processo expropriava-lhe o direito de participar da gestão do conflito.

Após a Segunda Guerra Mundial e as discussões acerca dos direitos humanos, a vítima recebeu a devida atenção, ganhando papel de destaque. Inclusive, após esse período, o Brasil fomentou na Constituição a criação dos artigos de respeito à dignidade da pessoa humana (CORTEZ NETO, 2019).

Importante frisar que o espaço destinado à atuação das vítimas para reparar o dano sofrido passou por um processo histórico. Isto porque, num primeiro momento, alcançou o máximo protagonismo, sua idade de ouro, coincidente com a época da justiça privada (FERRARI; GOMES, 2005). Posteriormente, a ação passou a ser de titularidade do Ministério Público, tendo a vítima o direito de manifestar sua vontade por meio da representação. E, atualmente, vive-se um período de neutralização, com atuação reduzida a um mero declarante, cujo objetivo se configura em puramente servir de prova.

Esse papel secundário relegado às vítimas tem raízes fincadas no pensamento da sociedade ocidental em que “o papel dominante foi histórica e majoritariamente atribuído a um modelo de *masculinidade* hegemônico, considerado superior, e o de dominado a um de *feminilidade* hegemônico, dito inferior” (CARVALHO *et al.*, 2020, p.3).

Sendo assim, constata-se que, tendo a vítima diversos papéis de acordo com o tipo de ação penal, em que exige ou não sua manifestação, é importante investigar se a alteração da titularidade da ação em relação aos direitos da vítima configura-se como um progresso ou um retrocesso.

### **3.DA QUEIXA-CRIME À AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA: AVANÇO OU RETROCESSO?**

Inicialmente, os crimes que atentavam contra a liberdade sexual se procediam mediante queixa, conforme redação dada pelo **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, de modo que em sua redação inicial no Código Penal, estava disposto da seguinte forma:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação (BRASIL, 1940).

Aqui, a ação penal privada era a regra, pois afetavam sobremaneira a intimidade da vítima, razão pela qual o legislador optou por conferir a ela o exercício do direito de ação (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Essa condição de ação privada dava total poderes à vítima, ficando, portanto, o Ministério Público inerte quando se tratava de crimes contra a dignidade sexual, somente podendo propor ação nas hipóteses previstas no §1º do referido dispositivo, quais sejam: que fosse cometido contra pessoas de poucos recursos, sendo necessário, nestas circunstâncias, a representação da vítima, ou quando houvesse, o crime, sido cometido com abuso de pátrio poder.

Nesse interim, respaldando-se no fato de que muitos autores de violência sexual acabavam ficando impunes, porque a vítima não prestava queixa, haja vista que a ação era privada, o STF editou a súmula 608, que foi aprovada em 17 de outubro de 1984. A referida Súmula previa que “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada”. Todavia, tal dispositivo gerou divergência na doutrina e entre juristas.

Percebendo que a lei penal já se encontrava descontextualizada ante a realidade social e, em face da impunidade dos autores desses crimes, centrado no fato da falta de queixa pela vítima, que era a única detentora do poder de ação para a persecução penal do ofensor, “buscou-se uma solução jurídica para diminuir esse direito de opção particular, transferindo e ampliando no possível o princípio monopolístico da ação estatal, de forma que pudesse atuar o *jus persequendi* do Estado” (SOUZA, 1997, p.3/4).

Nesse passo, diante dessa mudança da ação penal, e a exigência que a nova configuração social exigia, necessitando de uma outra roupagem para o mencionado dispositivo que se adequasse à sociedade vigente, em 2009, a Lei nº 12.015, exibiu uma nova redação para aquele artigo de lei. Deste modo, a titularidade da ação penal nos delitos contra a dignidade sexual sofreu uma significativa alteração, estabelecendo, então, que:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2009).

Assim, os crimes que antes se procediam mediante queixa, passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, com a ressalva para as vítimas menores de 18 anos, quando proceder-se-iam por ação pública incondicionada.



Nesse contexto, a ação privada deixou de existir para os crimes sexuais, salvo com a inércia do Ministério Público, quando então poderia ser proposta a ação privada subsidiária da pública, e a regra passou a ser, então, a ação pública condicionada a representação (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Tal alteração foi proposta visando atender aos anseios dos operadores do direito, que alegavam que, em vista ao princípio da proibição da proteção deficiente, aliado ao maior interesse público, a titularidade da ação penal deveria ser repassada ao Ministério Público, posto que, antes da mencionada lei, tal delito só se procedia mediante queixa, exceto em casos de vítima menor ou vulnerável (SOBRINHO NETO, 2018).

Aqui, importante destacar o aduzido por Carvalho *et al.* (2020, p.10):

Ao voltar-se aos crimes sexuais, é importante mencionar a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009, que trocou a nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal de "Crimes contra os Costumes" para "Crimes contra a Dignidade Sexual". Entende-se que, com a mudança, o legislador adequou a descrição de tutela do bem jurídico afetado com os princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito. Desta forma, compreende-se que a lei atual, expressamente, afastou a punição de condutas consideradas contrárias a uma determinada moral e aos ditos bons costumes, para se incriminar as condutas que atentam mais gravemente contra a liberdade individual no âmbito da sexualidade. Assim, os crimes aqui estudados são lidos como protetores da dignidade sexual, enquanto bem jurídico maior, e da liberdade sexual, enquanto bem jurídico derivado daquele.

Optou o legislador por condicionar a ação penal pública à representação da vítima, quando praticado um delito que atinge imediatamente o interesse particular e mediamente o interesse público, como é o caso dos crimes que atentam contra a dignidade sexual, a liberdade sexual e, portanto, a liberdade individual do sujeito. A representação está prevista no art. 24 do Código de Processo Penal, que apresenta a seguinte redação: "nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo" (BRASIL, 1941).

Com efeito, a representação consiste em uma declaração de vontade da vítima. Deste modo, compreende-se que esta manifestação de vontade é necessária para a acusação pública, pois remove um obstáculo existente quanto ao exercício da ação penal.

“Portanto, a vítima na ação penal pública condicionada é titular do direito de representação” (FERRARI; GOMES, 2005, p.7).

Neste sentido, aduz, ainda, Ferrari e Gomes (2005), que a representação retrata o prestígio da manifestação da vítima na instauração do processo penal. Essa titularidade justifica-se nos casos em que o interesse do particular é alcançado diretamente pelo delito, assim, somente com a manifestação de vontade da vítima se desencadeará a persecução penal.

Importa destacar o que elucida Santos (2011, p.10):

(...) alguns doutrinadores entendem que esta alteração trouxe maior coerência aos crimes sexuais, fazendo com que a pessoa que quer manter sua intimidade, apenas não represente, mas tendo vontade de punir o agente, basta que apresente sua representação que o restante do trabalho o Ministério Público terá responsabilidade.

Nesse contexto de renascimento da vítima “que se insere esta relevante figura dentro do processo penal e o desafio de manter o equilíbrio entre os interesses do Estado e da vítima na persecução penal pública, sem causar prejuízo às garantias do acusado” (FERRARI; GOMES, 2005, p.1).

Destarte, também houveram entendimentos desfavoráveis à alteração da titularidade da ação penal. Após a mudança do mencionado dispositivo, o Procurador Geral da República propôs ADIn por entender que a ação penal pública condicionada, nos crimes de estupro seguido de lesão corporal grave ou morte, ofendia o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, por este modo, em tais circunstâncias, proceder-se mediante ação penal pública incondicionada (SANTOS, 2011).

Argumentou o Procurador que existia um enfrentamento da proteção dos bens jurídicos vida e saúde, de modo que todos os dispositivos legais que tratavam destes tipos de crimes agravados pelo resultado (morte e lesão grave) eram objetos de ação penal pública incondicionada, não havendo justificativa por esta opção do legislador (SANTOS, 2011).

Esta inconstitucionalidade parcial do art. 225 do Código Penal, defendida pelo Procurador, fundamenta-se na ideia de evitar um favorecimento aos réus nos delitos sexuais em que não se encontrasse a vítima para realizar a sua representação (SANTOS, 2011).

Assim, sendo a ação condicionada, muitos criminosos ficariam impunes e os bens jurídicos que deveriam ser tutelados – a vida e a saúde – restariam desprotegidos, ao passo

que, se a ação fosse pública incondicionada, haveria uma maior proteção à sociedade, haja vista que o ofensor tinha mais chances de ser punido.

Diante dessas questões, em 2018, houve uma nova alteração que modificou, mais uma vez, a titularidade de tal ação, refletindo sobremaneira na vida dos envolvidos, sobretudo da vítima, que atuava com papel principal, restando-lhe agora o papel de coadjuvante da ação penal, pois transfere por completo ao Ministério Público essa titularidade.

A Lei nº 13.718/18 alterou o Código Penal tornando, então, pública incondicionada a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulneráveis, que, na redação anterior, procedia-se mediante representação da vítima, caso esta fosse maior e, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, em caso de menor.

Conforme esclarece Nucci (2019, p.1209), “a mudança de postura do Legislativo deve-se à alteração de mentalidade da sociedade brasileira, que evoluiu para atingir o sentimento geral de punição ao agente de delito sexual, independentemente da vontade de quem foi vítima”.

Para tanto, vejamos as novas disposições do art. 225 do Código Penal Brasileiro:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

Parágrafo único. (Revogado) (BRASIL, 2018).

A partir da promulgação e vigência, em 25/09/2018, da Lei nº 13.718/2018, apresenta-se, no sistema jurídico brasileiro, uma lei mais gravosa, especialmente porque, com a alteração do art. 225 do Código Penal, o legislador fez uma opção e acabou com a ação penal condicionada nos crimes sexuais, sendo todos eles agora delitos de iniciativa pública incondicionada (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Se antes, na ação penal privada, a vítima tinha amplos poderes para decidir acerca da propositura da ação e hoje, com a ação pública incondicionada, não passa de mera coadjuvante no processo criminal, pode-se deduzir que a alteração da lei trouxe mais prejuízos que avanços, pois passível de ofender o direito subjetivo da vítima.

Certo é que, mesmo o Estado sendo o titular do direito de punir e tendo o interesse em aplicar a sanção penal, é possível que a vítima não compartilhe desse entendimento, preferindo não agir, e nesse caso, é provável que esta alteração legislativa venha a ferir seu

direito subjetivo, principalmente no que tange à intimidade e a vida privada, garantidos pela Constituição Federal.

Assim, verifica-se que existe um conflito de interesses, cuja prevalência é da vontade do Estado, haja vista que a titularidade da ação atualmente é do Ministério Público. Desse modo, tem-se advertido que a alteração legislativa do art. 225 do Código Penal proposta pela Lei nº 13.718/18 pode ser considerada um retrocesso, pois retira da vítima a capacidade de escolha (CUNHA, 2018).

#### 4.CONFLITO ENTRE O INTERESSE COLETIVO E O DIREITO INDIVIDUAL DA VÍTIMA

A Lei nº 13.718/2018, ao tornar pública incondicionada a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, cuidou de tutelar e dar mais ênfase a bens jurídicos como a vida e a liberdade sexual, relegando a segundo plano aspectos relevantes como o interesse da vítima do delito. Percebe-se, assim, que tal legislação privilegia o interesse público do direito penal em detrimento do direito a intimidade e privacidade do cidadão.

Nota-se que o legislador tenta criar estruturas que corroboram com um direito punitivista, ensejando, de qualquer forma, a propositura de ação penal que acarrete em uma pena imposta ao criminoso.

O novo diploma veio, pois, para tentar efetivar a punição aos agentes delitivos, no entanto, deixou de levar em conta a posição das vítimas. De acordo com Nucci (2019, p.1209):

Com o surgimento da Lei 13.718/2018, todos os crimes previstos nos Capítulos I e II deste Título passam a ser investigados e processados mediante ação pública incondicionada, significando não mais se respeitar o *querer* da vítima. O delegado pode instaurar inquérito e o Ministério Público, denunciar, independentemente de qualquer provocação da pessoa ofendida.

No entendimento de Cunha (2018), há mais pontos negativos do que positivos na mudança. Conforme o autor, entre os poucos pontos positivos destaca-se o fato de encerrarem-se as discussões nos crimes agravados pelo resultado, haja vista que todos agora são de ação penal incondicionada, superando, assim, também, a discussão com relação à Súmula 608 do STF que aduz que “nos crimes de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Contudo, o ponto negativo da mudança está em igualar todas as formas pelas quais os crimes podem ser praticados, retirando da vítima qualquer capacidade de iniciativa (CUNHA, 2018). E, nesse sentido, entende-se que o Estado tem a obrigação de dar guarida

e se responsabilizar pelas vítimas, priorizando-as, e não novamente repetindo a história, dando enfoque nos crimes e criminosos (CORTEZ NETO, 2019).

Nesta mesma senda, Ferrari e Gomes, (2005, p.11) expõem que, devido ao princípio da disponibilidade, “o particular tem a prerrogativa de exercer ou não, o direito de ação conforme lhe convenha, deixando de propor a ação quando considerar que o escândalo do processo, dada a publicidade da causa, provocaria um mal maior que a impunidade do agente”. Por meio deste entendimento, “respeita-se a vontade do ofendido, sua dignidade, o medo de se expor como vítima e o trauma que pode ter sofrido” (FERRARI; GOMES, 2005, p.11).

Com efeito, conforme Ferrari e Gomes (2005, p. 7), *apud* Tourinho Filho:

(...) o ofendido pode também ter interesse em que não se instaure o processo: a discussão do caso, o *estrepitus fori*, a divulgação do fato seriam para ele uma nova e grave ofensa, com funestas conseqüências para a tranqüilidade do seu lar, do círculo íntimo de suas relações de amizade e até de interesses pessoais. Ante essa situação, o Estado subordina a sua atividade persecutória à manifestação de vontade do ofendido: se este quiser, fará a representação, e, então, remover-se-á o obstáculo á persecução; se não, o processo não poderá ser instaurado.

No mesmo sentido, Esteves (2018, p. 16) entende que:

(...) caberia à vítima do delito sexual decidir se desejaria ou não deflagrar a instauração do processo, ponderando as conseqüências advindas dessa escolha. E isto porque, nos crimes desta ordem prepondera o chamado “*strepitus judicis*”, decorrente da exposição do caso por ocasião do julgamento, o que geraria um sentimento de vergonha na vítima superior ao trauma sofrido pela violação.

Sendo assim, resta verificado que a alteração da titularidade da ação, de fato, provoca o *strepitus judicii*, que seria a exposição da vítima, restringindo seu direito à intimidade, não permitindo que ela delibere sobre as conseqüências de suas escolhas, mensurando os traumas sofridos pela violação e as conseqüências advindas com a propositura de uma ação penal. Desta forma, acaba sendo vítima duas vezes, quando sofre o crime e quando o Estado a obriga a reviver seus traumas e ter sua intimidade exposta à comunidade.

## **5.A REVITIMIZAÇÃO SOB A ÓTICA DO *BIS IN IDEM* PUNITIVO**

De acordo com o posicionamento de Andrade (2019), observa-se que as vítimas dos crimes contra a dignidade sexual, além da violência sexual, tornam-se vítimas da violência institucional, isto é, há um nítido processo de revitimização, haja vista que nossa sociedade patriarcal e machista ainda reproduz a violência social e os estereótipos que se criam e recriam cotidianamente, especialmente no campo da moral sexual dominante.

Nessa perspectiva, aduz Andrade (2019, p. 107) que:

(...) o sistema penal duplica a *vitimação* feminina, porque além de vitimadas pela violência sexual, as mulheres o são pela violência institucional, que reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista, sendo submetidas a julgamento e divididas. A passagem da vítima mulher, ao longo do controle social formal, acionado pelo sistema penal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação, da humilhação e da estereotipia (...).

Tal entendimento coaduna com o apontado por Cavalcante (2018), quando expõe que:

A vítima de um crime, especialmente em delitos sexuais ou violentos, todas as vezes em que for inquirida sobre os fatos, ela é, de alguma forma, submetida a um novo trauma, um novo sofrimento ao ter que relatar um episódio triste e difícil de sua vida para pessoas estranhas, normalmente em um ambiente formal e frio. Desse modo, a cada depoimento, a vítima sofre uma violência psíquica. Assim, revitimização consiste nesse sofrimento continuado ou repetido da vítima ao ter que relembrar esses fatos (CAVALCANTE, 2018, s.p.).

Verifica-se, pois, que o sistema penal não protege as mulheres vítimas da violência, ao contrário, fomenta a violência institucionalizada, através das revitimizações – vitimização secundária, quando revive os acontecimentos, tendo que relembrar os fatos que lhe causam dor, ao depor na delegacia, no âmbito judicial, repetindo, por várias vezes, o que quer esquecer, e vitimização terciária, quando a própria sociedade e a família colocam a vítima no papel de “autora”, julgando-a por sua conduta. De igual modo, não previne novas violações, apenas produz normas simbólicas, que, ao final, contribuem, ainda mais, para o aumento da densificação dos traumas sociais (SILVA, 2017).

Assim, a respeito do constrangimento das vítimas de estupro, Vigarello, *apud* Carvalho *et al.* (2020, p. 7), aponta que:

[...] o estupro provoca uma lesão ao mesmo tempo semelhante e diferente das outras. Semelhante porque é o efeito da brutalidade. Diferente porque é muitas vezes pouco consciente no agressor apagada pela efemeridade do desejo, ao passo que intensifica a vergonha na vítima, a ideia de uma contaminação pelo contato: a indignidade atravessando a pessoa atingida para transformá-la aos olhos dos outros. Daí a sensação de aviltamento criando obstáculos à queixa, inclinando a vítima a se calar e os observadores a acusá-la. Situação muito especial, em que a violência pode se tornar menos visível, empurrada para segundo plano, mascarada pela rejeição de que a vítima é objeto; situação aguçada ao extremo [...] por um conjunto de referências culturais, morais e sociais, transformadas em feixe de efeitos convergentes.

Nesse sentido, evidente a necessidade de se considerar as possibilidades de escolha dessas vítimas de violência sexual em acionar os meios protetores estatais para sua tutela contra as condutas alheias, uma vez que as ofensas de cunho sexual não constroem da mesma maneira que outras formas de violência (CARVALHO *et al.*, 2020).

A própria sociedade condena a vítima de crimes sexuais, reproduzindo a ideia de que esta colaborou de algum modo para ser violentada sexualmente. Em sua grande maioria, as vítimas são consideradas culpadas pelas agressões que sofreram, como se merecessem estar nesta condição, e mesmo quando não o são, esse tipo de violência deixa marcas e traumas terríveis, fazendo com que grande parte das vítimas busquem tratamento psicológicos para se recuperarem. Deste modo, não há porque obrigá-las a reviver essa situação novamente, pois, agir de tal modo, ensejaria um *bis in idem* punitivo à vítima.

Ademais, percebe-se que os crimes sexuais estão intrinsecamente ligados a uma questão de gênero, em que as violências se configuram pelos abusos dentro das relações entre os indivíduos socialmente construídos, uma vez que, de um lado, os corpos femininos, inferiorizados, sofrem constante objetificação, ao passo que o desejo masculino, valorizado, é utilizado como legitimador de condutas violentas, sendo reflexos das assimetrias geradas pela forma como se estruturam as referidas categorias na sociedade (CARVALHO *et al.*, 2020).

Nesta senda, depreende-se como consequência deste cenário:

(...) as estatísticas disponíveis a respeito da realidade brasileira, na qual, em 2016, foram registradas 56.045 ocorrências de estupro e, em 2017, 60.018 ocorrências, o que representa uma média de

aproximadamente 153,5 e 164,4 casos por dia, respectivamente, considerando-se somente os boletins de ocorrência registrados. No ano de 2016, ainda, 15,4% dos casos foram de estupros coletivos (com dois ou mais agressores). A despeito dos números já elevados, estima-se que, a cada ano no Brasil, 0,26% da população sofre violência sexual, o que indica que haja anualmente 527 mil tentativas ou casos de violência consumados no país, dos quais apenas 10% seriam reportados à polícia, havendo, portanto, um alto índice de subnotificação (Carvalho, *et. al.*, 2020, p.3).

Ainda nesse sentido, Carvalho *et al.* (2020) aduzem que, em pesquisas realizadas pelo FBSP, em parceria com o Datafolha, no ano de 2016, evidencia-se uma dita “cultura do estupro”, notadamente percebida nas maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens, prática recorrente no cotidiano social, demonstrando os critérios morais determinados socialmente às mulheres, que justificam a conduta violenta de quem as agride.

Ademais, a mesma pesquisa apontou que:

(...) 30% dos homens e mulheres brasileiros concordam com a afirmação “A mulher que usa roupas provocantes não pode reclamar se for estuprada”, enquanto que 42% dos homens e 32% das mulheres concordam com a afirmação de que “Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”, de modo a apresentar um quadro social de culpabilização das vítimas (Carvalho, *et. at.*, 2020, p.6).

Deste modo, irrefutável que, ainda hoje, as vítimas de crimes contra a dignidade sexual não têm a devida atenção por parte dos entes estatais e até da própria sociedade, sendo, muitas vezes, culpabilizadas por crimes pelos quais sofreram violação.

Diante dessas violências, é possível constatar que a “quebra do silêncio pelas vítimas pode ser desestimulada pelo cenário de culpabilização das mulheres pelas violações sofridas, bem como por estruturas estatais que não apresentam um ambiente de acolhimento e entendimento das peculiaridades de cada caso” (CARVALHO *et al.*, 2020, p.13).

Não obstante esta violência cometida pela sociedade, muitos autores, a exemplo de Cavalcant (2018), têm entendido a revitimização também como uma forma de “violência institucional” que o Estado comete contra a vítima, dando ensejo, da mesma forma, a um *bis in idem* punitivo.



Em contrapartida, há quem defenda a alteração promovida pela Lei nº 13.718/18 sob o argumento de que quando a ação era privada e, posteriormente, condicionada à representação, as vítimas passavam por constrangimentos e, muitas vezes, deixavam de comunicar o crime e de buscar a punição do agressor por medo de represálias, fazendo com que se multiplicassem casos de impunidade diante da extinção da punibilidade pela decadência. Sob esta ótica, argumentam que não há sentido manter uma regra que dificulte o ajuizamento da ação (CUNHA, 2018).

Contudo, os enormes avanços havidos ao longo de décadas em relação ao papel social da mulher servem para justificar a manutenção da regra que confere à vítima maior poder de decidir se deseja ou não processar o agressor e se submeter ao constrangimento característico de um processo dessa natureza (CUNHA, 2018).

Ainda conforme Cunha (2018), justamente porque se identifica a tomada de consciência pela igualdade de condições entre homens e mulheres, deve-se pressupor que a mulher, vítima de crime sexual, tem plenas condições de decidir sobre seus interesses, assim como o homem, de modo que esse raciocínio não se sustenta nos tempos atuais.

As alterações trazidas pela Lei nº 13.718/18 para o art. 225 do Código Penal, então, não se sustentam. Isto porque, de acordo com o posicionamento de Cavalcante (2018), sendo a vítima maior de idade e pessoa não vulnerável, ela é quem deve decidir se deseja ou não deflagrar a instauração do processo, ponderando seu desejo de justiça com as agruras que ainda teria que enfrentar.

Nesse sentido, entende-se que o Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Tratando-se de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável – a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha, a fim de evitar o *strepitus iudicii* (CUNHA, 2018).

Além disso, considerando que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, prevê, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito, promovendo a sua proteção e potencializando o seu desenvolvimento (LUZ SEGUNDO, 2020), não é aceitável que seja restringido o exercício do seu direito de ação nos crimes contra a dignidade sexual, naqueles casos em que for apta física e mentalmente para tanto.

Assim sendo, conforme esclarece Luz Segundo (2020, p.5):

a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa, por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da

personalidade humana, tem o escopo de garantir o respeito ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, quer pelo Estado.

Ademais, “a vítima não pode ser relegada ao esquecimento, ofuscada pelos discursos de emergência clamantes pelo aumento da repressão penal e leis de ocasião cujo foco invariavelmente é o aumento das penas e restrição dos direitos dos apenados” (FERRARI; GOMES, 2005, p.11).

Enfim, seguindo a evolução do direito penal, entende-se que a vítima deve ser valorizada na persecução penal, devendo prevalecer a sua vontade em representar, sendo válida qualquer forma de manifestação de vontade, como, por exemplo, o boletim de ocorrência, requerimento de instauração de inquérito e declarações (FERRARI; GOMES, 2005). Isto porque, pensar de modo contrário, desconsiderando os interesses subjetivos da vítima, poderia ensejar traumas e constrangimento, além de várias formas de violência, sobretudo à sua dignidade, concatenando em um *bis in idem* punitivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Perpassando a trajetória legislativa referente aos crimes sexuais, evidencia-se que, quando o Código Penal foi elaborado, a regra para tais crimes era a ação penal privada, que coadunava com os pensamentos dominantes à época (meados do século XX - 1940). Posteriormente, já na virada do século, em 2009, em consonância com a mentalidade vigente no período e, sobretudo, com a evolução do pensamento da humanidade, a tecnologia, a globalização e o surgimento de várias legislações que colocavam a vítima como protagonista, que começam a despontar no âmbito nacional, como, por exemplo, a Lei Maria Da Penha de 2006, a necessidade de uma mudança legislativa.

Assim, em 2009, a ação penal nos crimes sexuais passa a ser pública condicionada à representação, figurando o Ministério Público como proponente da ação penal, exigindo-se, para tanto, o consentimento da vítima.

Posteriormente, com a promulgação e vigência da Lei nº 13.718/2018, adotou-se a ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais, ação esta que vigora atualmente. No entanto, é possível considerar que tal mudança seja um retrocesso, tendo em vista que a vítima é relegada a uma simples figura processual.

Hodiernamente, percebe-se que temos uma legislação que tutela a liberdade sexual da pessoa humana, todavia, a vítima não tem o direito de autodeterminação sexual, o que deveria ser garantido pela lei penal que rege os crimes sexuais. Isto porque, agir de outra forma seria desrespeitar seus direitos fundamentais à liberdade e vida privada,

estabelecendo que a vida e a saúde são bens jurídicos mais importantes que a dignidade da pessoa humana e seu direito subjetivo de escolha para a propositura da ação penal.

Assim, a partir dos estudos desenvolvidos, observa-se, aparentemente, uma legislação utilitarista, que tem como foco o agressor e o *animus puniendi*, desconsiderando sobremaneira os sentimentos e as dores da vítima que, por vezes, acaba sendo punida duas vezes pelo mesmo fato: inicialmente, quando é vítima do delito e, posteriormente, quando é obrigada a reviver o ocorrido em uma ação penal, que traz à tona toda sua dor e constrangimento, configurando um *bis in idem* punitivo – em que é punida, inicialmente pelo seu agressor, e em seguida pelo Estado, com a propositura da ação e a instauração do *strepitus judicii*.

Ante todo o exposto, resta-se evidenciado a necessidade de uma legislação que pense mais na vítima, nas suas dores, na sua dignidade, nos transtornos que uma ação incondicionada pode provocar em sua vida – uma legislação mais humanitária e menos utilitarista que dará à vítima o papel de protagonista e não apenas de coadjuvante, e que possa ser capaz de assegurar as garantias constitucionais da dignidade humana e do direito à liberdade, à igualdade e à vida privada, englobando tanto a tutela penal quanto a necessidade de criação de políticas públicas. Ou seja, faz-se necessária uma prática judicial comprometida com a vítima que já fora punida pelo crime, não podendo ser punida novamente pelo sistema judiciário/legislativo, que a obriga a reviver dores e ver abertas suas feridas novamente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina?** Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN e 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741/14254>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e

de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. DOU de 31 dezembro 1940 e retificado em 3.1.1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. DOU de 13 outubro 1941 e retificado em 24.10.1941. 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: 22 de agosto de 2019.

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/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de; MACHADO, Isadora Vier; FRANCO, Luciele Mariel. **Da liberdade à violência sexual: uma análise do bem jurídico e do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 163/2020 | p. 197 - 238 | Jan / 2020. DTR\2019\42593.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Legislação: As mudanças nos crimes sexuais promovidas pela Lei nº 13.718/2018**. 2018. MPPR. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2165.html>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

CORTEZ NETO, Gabriel. **O papel da vítima frente a perseguição penal**. Revista Juris UniToledo. Araçatuba, SP, v. 04, n. 02, p.138-150, abr./jun., 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018**. Editora Juspodivm. 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan. Lei nº13.718/2018. **Crimes contra a Dignidade Sexual. Breves apontamentos**. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminas, do júri e de Execuções Penais. Curitiba. 2018.

FERRARI, Patrícia Medianeira Mino; GOMES, André Luís Callegaro Nunes. **Os interesses da vítima na ação penal**. Revista dos Tribunais. vol. 834/2005 | p. 442 - 455 | Abr / 2005. DTR\2005\320.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. **Direitos da personalidade: quo vadis?** Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 7, n. 01, e 280, jan./jun. 2020| Página 5 de 21. <https://doi.org/10.293/rdfg.v7i01.280>. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/280>>. Acesso em: 15 de nov de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Eric de Assis. **A lei de crimes contra a dignidade sexual e seus efeitos**. Revista dos Tribunais. vol. 904/2011 | p. 799 - 812 | Fev/2011. DTR\2011\1208.

SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. **A culpabilização das vítimas de crimes sexuais: uma questão cultural**. Revista a Barriguda. CAMPINA GRANDE. 2017 p. 255 – 274.

SOBRINHO NETO, José Bonfim. **Crimes contra a dignidade sexual: uma análise acerca da titularidade da ação penal**. UEPB. 2018. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/18700>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

SOUZA, Aélío Paropat. **Ação pública incondicionada no estupro**. Revista dos Tribunais. vol. 743/1997 | p. 483 - 494 | Set / 1997. DTR\1997\366.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. reestrut., rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspivm. 2020.

## A REGRA DO PREJUÍZO NA CONFIGURAÇÃO DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

**THIAGO HENRIQUE REIS DE ARAÚJO COSTA:**  
Bacharel em Direito pela UniFacid Wyden<sup>87</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa trata do sistema de nulidades no processo penal, temática importante para a preservação das garantias processuais. Ainda é muito controverso quais os critérios configuradores das nulidades, ensejando discussão sobre a constitucionalidade da exigência da demonstração do prejuízo para o reconhecimento da nulidade. O método empregado é a revisão bibliográfica, acompanhado do estudo da legislação e da jurisprudência, com a análise dos elementos mais pertinentes ao tema proposto. O principal resultado da pesquisa é a crítica quanto a incompatibilidade da regra do prejuízo com o sistema acusatório. Desse modo, torna-se viável apontar alternativas para a readequação da atual teoria das nulidades ao que é determinado pela Constituição Federal.

**Palavra-chave:** Regra da demonstração do prejuízo. Nulidade processual. Processo Penal. *Ne Pas de Nullité Sans Grief*. Forma processual.

**Abstract:** This research deals with the nullity system in criminal proceedings, an important issue for the preservation of procedural guarantees. It is still very controversial what are the configuring criteria for nullities, giving rise to a discussion about the constitutionality of the requirement to demonstrate loss for the recognition of nullity. The method employed is the bibliographic review, accompanied by the study of legislation and jurisprudence, with the analysis of the most relevant elements to the proposed theme. The main result of the research is criticism regarding the incompatibility of the prejudice rule with the accusatory system. Thus, it becomes feasible to point out alternatives for readjusting the current theory of nullities to what is determined by the Federal Constitution.

**Keywords:** Loss statement rule. Procedural nullity. Criminal proceedings. *Ne Pas de Nullité Sans Grief*. Procedural form.

**Sumário:** *Introdução. 1. Análise normativa da regra da demonstração do prejuízo. 2. A origem totalitária e privatista da regra do prejuízo. 3. Crítica à nulidade relativa e a necessidade de demonstração do prejuízo encontrada no CPP brasileiro. 4. A demonstração do prejuízo na jurisprudência brasileira. 5. O sistema de nulidades adequado à Constituição da República. Conclusão. Referências.*

### Introdução:

---

<sup>87</sup> E-mail: thiagohenriquerac@gmail.com

A presente pesquisa terá como tema o estudo da regra que exige a demonstração do prejuízo para o reconhecimento das nulidades no processo penal e sua adequação ao sistema acusatório. Discussão relevante em virtude do papel exercido pela regra do prejuízo como critério definidor para a incidência ou não dos efeitos da teoria das nulidades.

Responsável por limitar o poder punitivo estatal, a forma processual é entendida como garantia do acusado — parte hipossuficiente no processo penal — o que faz do sistema de nulidades e, conseqüentemente, a análise crítica da exigência da demonstração do prejuízo, essencial para a averiguação do atendimento à finalidade de limitação do poder e garantia do réu num dado ordenamento jurídico.

A definição do que seja prejuízo suficiente para que reste configurada uma nulidade, ou mesmo, o que pode ser considerado prejuízo é objeto impreciso na jurisprudência, na legislação e na doutrina nacional. Ainda é preciso averiguar a compatibilidade do referido conceito com um processo penal humanitário de democrático, como instituído pela Constituição Federal de 1988.

O problema é objeto de estudo de doutrinadores como Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Lopes Jr., que apontam inadequações com o sistema acusatório; e Jorge Coutinho Paschoal, que na sua pesquisa se debruçou sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no enfrentamento da questão do prejuízo.

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar criticamente a necessidade de demonstrar prejuízo para a incidência da nulidade no processo penal e sua compatibilidade com as garantias constitucionais inerentes ao sistema acusatório.

## **1 Análise normativa da regra da demonstração do prejuízo**

O CPP brasileiro adotou o sistema de nulidades do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* que exige para os vícios processuais à existência de prejuízo a fim de que seja declarada a nulidade. A regra do prejuízo está prevista no art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

Numa primeira leitura, pode-se concluir que a regra do prejuízo incide tanto nas nulidades relativas quanto nas nulidades absolutas já que o artigo supracitado não faz distinção. Porém, de acordo com a doutrina majoritária, a necessidade de demonstrá-lo é restrito apenas as nulidades relativas. No código de processo penal elas estão previstas no rol do art. 572, caput.

Essas nulidades se identificam pela possibilidade de saneamento. O mesmo dispositivo traz as três possibilidades de saneamento, elencadas nos seus incisos, I, II e III; são elas, respectivamente: A) Preclusão, se não forem arguidas, em tempo oportuno; B) Instrumentalidade das formas, se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; C) Ratificação, se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceitado os seus efeitos. (Brasil, 1941).

Apesar de indiscutível que o art. 563 estabeleça o princípio do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* como requisito para o reconhecimento da nulidade e saber de quais vícios são exigidos, ainda não é suficientemente claro o modo como esse prejuízo deve ser demonstrado. Para isso, se faz necessário a leitura conjunta do art. 566, do CPP: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”.

Do exposto, percebe-se que, para o processo penal brasileiro, o prejuízo está ligado ao conceito de verdade real. Isso acontece por meio de uma relação em que o fim maior — a verdade substancial — justifica a inobservância do que é determinado pelo código processual. O papel exercido pela regra do prejuízo é o de estabelecer um critério que permita ignorar os vícios processuais, assim, o alcance da verdade real tem maior valor que a própria força normativa do código de processo penal.

Dessa forma, como expõe Zaclis (2015) “Em tese, um vício — por maior o seu desvio em relação ao modelo legal — que, sob a visão do juiz, não houver influído na verdade dos fatos poderá ser considerado como irrelevante.”.

Fora das hipóteses elencadas pelo rol do art. 572, caput — a maioria das hipóteses previstas no art. 564, III, do CPP; a nulidade prevista na CRFB/88 da ausência de fundamentação das decisões (artigo 93, IX) e incluída recentemente no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 2019 no inciso V, do art. 564; as demais nulidades previstas no código; as existentes na legislação extravagante e os vícios relacionados à prova — são nulidades de ordem absoluta. (PASCHOAL, 2017). Portanto, prescindem de demonstrar o prejuízo e são indiferentes ao alcance ou não da finalidade do ato, não se submetendo a nenhuma causa saneadora. (Brasil, 1941).

Passa-se, adiante, à análise dos demais artigos relacionados a regra do prejuízo. Primeiramente, no art. 565, CPP; está positivado o princípio do interesse: “Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”. O dispositivo impede que alguém possa se beneficiar, no processo penal, de sua própria torpeza. O intuito é evitar que a parte possa se valer de artimanhas processuais e alegá-las posteriormente a fim de ver o processo anulado. (GLOECKNER, 2017).



Tal princípio é decorrência direta da característica de interesse meramente privado das nulidades relativas, entendidas como vícios disponíveis pela parte interessada por inexistir uma preocupação pública em protegê-los, por isso entende a doutrina ser o princípio aplicável somente a elas, não incidindo sobre os vícios de ordem absoluta. É a mesma lógica que rege a aplicação da regra do prejuízo.

Quanto ao art. 566, do código processual, além de trazer o conceito de verdade real, como já explicado acima, a doutrina tradicional o considera como a origem normativa do princípio da instrumentalidade das formas — o que explica a confusão doutrinária a respeito dos conceitos do prejuízo e da instrumentalidade das formas, inclusive, tratadas como sinônimos por muitos doutrinadores. (GLOECKNER, 2017). O citado princípio pode ser traduzido como uma espécie de segunda chance, onde, mesmo que o ato não tenha sido praticado na forma devida, caso haja alcançado sua finalidade, ele será aproveitado.

Para encerrar a análise normativa da Teoria das Nulidades no código processual brasileiro é preciso retomar ao art. 564, mais precisamente aos incisos I — da nulidade por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; e II — da nulidade por ilegitimidade de parte. Tais dispositivos estabelecem condições sob as quais todos os atos do processo penal devem se submeter, mesmo que não sejam vícios elencados no inciso III, do art. 564, do CPP; sequer precisam estar sujeitos ao regime das nulidades. Ou seja, caso não cumprida as condições dos citados incisos I e II, reconhece-se a nulidade de qualquer ato, independente da demonstração de prejuízo. (PASCHOAL, 2017).

Como observado por Paschoal (2017), da leitura do Título dedicado as nulidades no CPP, pode-se concluir que apenas vícios de forma — error in procedendo — são hipóteses passíveis de nulidade. Entretanto, a leitura deve ser mais ampla, alcançando vícios relacionados ao conteúdo da decisão — error in iudicando —, como disciplinado em diversas hipóteses pelo código de processo penal.

O melhor exemplo se encontra na Constituição em seu art. 93, inciso IX, que exige a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade. Dessa forma, as nulidades cuidam também da qualidade do conteúdo desses atos, o que está de acordo com um conceito de processo penal democrático, preocupado com o maior acerto de suas decisões.

Agora, a fim de completar a análise normativa da teoria das nulidades, é chegada a hora de estudar as raízes históricas da regra da demonstração do prejuízo.

## **2 A origem totalitária e privatista da regra do prejuízo**

Neste capítulo a preocupação é desvelar que a incompatibilidade da exigência de demonstração do prejuízo com um processo penal racional e democrático remete desde sua origem histórica, qual seja, instrumento de política criminal antidemocrática e ferramenta própria da lógica do direito privado.

A partir da leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos, Ministro da Justiça durante o período do Estado Novo, é possível visualizar o papel da regra do prejuízo na ordem jurídica brasileira com maior clareza.

O legislador de 1941 ao redigir o código tinha como objetivo reduzir ao menor número possível as hipóteses de reconhecimento das nulidades, a forma processual era vista como um mal que atrapalhava a realização da justiça, a sua redução serviria para reduzir a “malandragem” utilizada para escapar da verdade no processo. Inclusive, a limitação das nulidades era colocada como uma forma de alcançar uma desejada restrição da aplicação do *in dubio pro reo*, *in verbis*.

“No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. (Brasil, 1941).”

É evidente a influência intelectual exercida pelo idealizador do ordenamento jurídico da Itália Fascista, o jurista Alfredo Rocco, inclusive citado na exposição de motivos: “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

É para cumprir com esse objetivo que foi instituída a regra do prejuízo no processo penal brasileiro, ou seja, com o fim de reduzir o reconhecimento das nulidades. É o que está expresso na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal na parte referente as nulidades:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de

que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade. (Brasil, 1941)."

O Código Rocco tinha como meta obter a máxima celeridade nos procedimentos, nos termos usados por seus legisladores, "desflorestar a selva de nulidades" ao eliminar todas as "superfluidades", leia-se aqui as formas processuais. O código fascista chegou até a abolir a diferença entre nulidades absolutas e relativas, onde todas eram passíveis de serem sanadas por expressa previsão legal trazida em seu art. 184. Apesar do nosso CPP não trazer esse mesmo dispositivo normativo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem aceitado a possibilidade de sanatória até das nulidades absolutas, como será apresentado posteriormente. (GLOECKNER, 2017).

No entanto, mesmo que não tenha extinguido expressamente as nulidades absolutas, entendemos que a regra do prejuízo (art. 563, do CPP) e a verdade real (art. 566, do CPP), cumprem fielmente com a tarefa de dificultar e minimizar a declaração dos vícios processuais, como idealizado pelos legisladores do Código Rocco. (ZACLIS, 2015).

As semelhanças do nosso código processual de 1941 com o código Ítalo-Fascista de 1930 não param por aí. Avesso as nulidades absolutas e, via de consequência, mais propenso a tratar os vícios como nulidades relativas, visto a dificuldade em seu reconhecimento, o princípio do interesse (art. 565, do CPP brasileiro) encontra semelhante no art. 187 do Código de Processo Penal italiano de 1930, na parte final: "o Ministério Público e as outras partes não podem arguir as nulidades as quais deram ou concorreram para lhe dar causa ou relativas a disposições cuja observância não tem interesse". (GLOECKNER, 2017).

Igualmente, o princípio da instrumentalidade das formas (art. 566, do CPP brasileiro) encontra no mesmo art. 187 do citado código fascista sua inspiração: "a nulidade de um ato é sanada se não obstante a irregularidade o ato atingiu o seu escopo em relação a todos os interessados. A nulidade também é sanada se o interessado tacitamente aceitou os efeitos do ato". (GLOECKNER, 2017).

A exposição de motivos de autoria de Francisco Campos revela o escopo dos princípios em comento.

"Sempre que o juiz deparar com uma causa de nulidade, deve prover imediatamente à sua eliminação, renovando ou retificando o ato

irregular, se possível; mas, ainda que o não faça, a nulidade considera-se sanada: a) pelo silêncio das partes; b) pela efetiva consecução do escopo visado pelo ato não obstante sua irregularidade; c) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular. Se a parte interessada não argui a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-lhe os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argui-la. Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma. É igualmente firmado o princípio de que não pode arguir a nulidade quem lhe tenha dado causa ou não tenha interesse na sua declaração. Não se compreende que alguém provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; nem tampouco que, no silêncio da parte prejudicada, se permita à outra parte investir-se no direito de pleitear a nulidade. (Brasil, 1941)."

Apesar de parcela da doutrina, a exemplo do Paschoal (2017), entender que o Código de Processo Penal brasileiro criou um modelo de nulidades que potencializou a força normativa do reconhecimento das nulidades, e que as raízes históricas do instituto não são definitivas para estabelecer o seu caráter antidemocrático, colocando o comportamento da jurisprudência como maior responsável para esses fins, o presente estudo se posiciona no sentido contrário.

Para corroborar esse entendimento se faz imprescindível trazer à baila comentários do próprio Alfredo Rocco no qual reconhece a discricionariedade como inerente ao prejuízo e, por isso mesmo, importante artifício para se alcançar os objetivos de um Estado totalitário: "é, porém, de se observar que este dever de se fundar sempre e necessariamente em uma valoração discricionária, a qual é a de estabelecer se ocorre ou não o indicado prejuízo." (GLOECKNER, 2017).

Com dispositivos normativos semelhantes e com Alfredo Rocco como referência intelectual, o viés fascista da regra do prejuízo ultrapassa o debate meramente histórico visto seus efeitos inquisitórios perdurarem ainda hoje, manifestados na arbitrariedade do instituto.

E tal característica não é mera coincidência, a dependência do prejuízo e dano para se decretar a nulidade de um ato processual foi introduzida na Itália pela corrente adepta do pensamento criminológico alicerçado na escola da defesa social, que concebia a finalidade do processo penal como meio para o tratamento de degenerados, patológicos, anormais e perigosos. Por isso, recorreram a uma alternativa com o claro intuito de evitar

o reconhecimento das nulidades e maximizar a punição dos, então considerados à época, inimigos sociais. (GLOECKNER, 2017).

Outro fato histórico elucidativo sobre a problemática adequação da regra do prejuízo no processo penal é a sua origem proveniente do direito privado, mais especificamente nas Ordenanças Civas de 1667 posteriormente incorporada pelo Código Processual Napoleônico. A diferença da lógica do direito civil e seus bens tutelados e a lógica que rege o processo penal e a tutela da liberdade faz dos respectivos processos inconciliáveis o que, via de consequência, impossibilita a adoção de uma teoria unitária das nulidades. (GLOECKNER, 2017).

O adagio do *"Ne Pas de Nulité Sans Grief"* foi concebido dentro do período napoleônico na perspectiva da natureza do processo como quase contrato, onde a nulidade era vista como um mal devido ao seu caráter antieconômico e sem a menor importância caso não levantada pelo próprio interessado ou provado seu real prejuízo, o objetivo era não atrapalhar a consecução dos interesses em jogo na lide.

Perante o sistema acusatório que tem a presunção de inocência como princípio e a necessidade de realização do processo para que se aplique a pena legitimamente, a distribuição da carga probatória para o réu para demonstrar o prejuízo e a consequente transformação do processo penal em acessório do direito material é inadequado. (GLOECKNER, 2017).

Conforme as lições de Lopes Jr. (2020), o prejuízo — equivocadamente transferido do direito civil para o âmbito penal — importa na relativização das nulidades e consequentemente permite o atropelo das garantias fundamentais.

"O primeiro problema surge, novamente, na equivocada transmissão de categorias do processo civil para o processo penal. O fenômeno da relativização das nulidades (absolutas) do processo civil está sendo utilizado (e manipulado) para, no processo penal, negar-se eficácia ao sistema constitucional de garantias. Ainda que não concordemos com a classificação dos atos defeituosos em nulidades absolutas e relativas, importa destacar que a relativização implica negação de eficácia aos princípios constitucionais do processo penal. A título de ausência de prejuízo ou atingimento do fim, os tribunais brasileiros, diariamente, atropelam direitos e garantias fundamentais com uma postura utilitarista e que esconde, no fundo, uma manipulação discursiva. (LOPES JR., 2020, p. 1476)."

A fim de ilustrar os malefícios dessa confusão cita-se o que ocorre com a incompetência territorial. O art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que a incompetência do juiz gerará nulidade, sem distinção entre ser territorial ou não, ou seja, qualquer que seja o tipo de incompetência será ela absoluta. Inclusive, o art. 109 do mesmo código corrobora com essa interpretação ao dispor que ao juiz que reconhecer motivo que o torne incompetente deverá declará-lo de ofício, independente de arguição da parte interessada. (ZACLIS, 2015).

Porém, a jurisprudência do STJ seguida pela maioria dos tribunais brasileiros entende que a incompetência territorial é uma nulidade de ordem relativa, o que exige a demonstração de prejuízo para sua declaração. Tal posicionamento só se explica pela insistência em uma teoria unitária das nulidades que recorre ao tratamento conferido pelo processo civil no tratamento da competência territorial.

É evidente que a relativização da competência territorial fere o direito ao juiz natural, garantia constitucional permeada de interesse público. Como explanado por Zaclis (2015), não é garantido ao jurisdicionado o juiz pré-fixado em lei, mesmo assim compete a ele a demonstração do prejuízo causado pelo próprio Poder Judiciário. Os questionamentos levantados pelo autor revelam que com a relativização tornou-se basicamente impraticável o reconhecimento da incompetência territorial no processo penal, *in verbis*:

*“Contudo, há de se fazer, uma vez mais, a pergunta óbvia: como demonstrar o efetivo prejuízo de ser julgado por juiz cuja competência não encontre amparo na legislação? Se o mero fato de se apontar a incompetência territorial do juiz constitui evidência insuficiente para caracterização do prejuízo, o que, então, poderia ser objeto de prova para comprová-lo?”*

*Caberia, por exemplo, ao acusado ou ao Ministério Público lançar mão de argumentos aptos a demonstrar que o magistrado incompetente, que proferiu uma determinada decisão, era tecnicamente menos capaz de analisar o fato quando comparado ao juiz natural? Ou, ainda, seria razoável exigir do acusado uma prova de que o juiz voluntariamente decidiu pela manutenção do processo em sua comarca apenas para prejudicar a defesa? Alegar que a prorrogação da competência alterou a verdade real ou o julgamento final do feito seria suficiente para se aperfeiçoar o prejuízo, ou seria imprescindível demonstrar (provar essa lesão concreta da parte? Mas de que maneira comprovar tais prejuízos? (ZACLIS, 2015, p. 130).”*

Essas importações de institutos do processo civil para o processo penal é fruto da teoria geral do processo. Para melhor ilustrar o fenômeno, cita-se lição de Lopes Jr. (2019):

“Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se a Ciência do Direito Penal, a Ciência do Processo Penal e a Ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções. Assim começa Carnelutti, que com sua genialidade escreveu em 1946 um breve, mas brilhante, artigo (infelizmente pouco lido no Brasil), intitulado "Cenerentola" (a Cinderela, da conhecida fábula infantil). O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do direito penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. Basta ver que não se tem notícia, na história acadêmica, de que o processo penal tivesse sido ministrado ao longo de dois anos, como costumeiramente o é o direito penal. Se compararmos com o processo civil então, a distância é ainda maior. (LOPES JR., 2019, p. 63).”

A necessária recusa à teoria geral do processo advém de uma diferença insuperável quanto a tutela de bens. Enquanto o processo civil trata do ter um bem o processo penal cuida da liberdade — geralmente o processo daqueles que não tem bens, do excluído materialmente. Outra diferença que faz coro ao rechaço da teoria geral é encontrada na autoexecutoriedade do direito civil, plenamente capaz de se realizar sem o processo civil, necessário apenas quando há uma lide. O mesmo não ocorre com o direito penal, que não tem eficácia imediata, pois, para aplicar a pena precisa necessariamente do processo penal, unidos que estão pelo princípio da necessidade ou chamado de *nulla poena sine iudicio*. (LOPES JR., 2019).

Estudada a Teoria das Nulidades em suas raízes históricas, é chegada a hora de apresentar as críticas doutrinárias e legais à regra do prejuízo e dos institutos normativos relacionados a partir de uma concepção que seja adequada à Constituição Federal e a preservação dos direitos fundamentais.

### **3 Crítica à nulidade relativa e a necessidade de demonstração do prejuízo encontrada no CPP brasileiro**

No presente capítulo se passará a discussão a respeito da adequação do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* às determinações de uma Constituição que adotou o sistema processual penal acusatório, modelo mais democrático por ter maior preocupação quanto aos direitos humanos e as garantias processuais. Em decorrência disso, o conceito de instrumentalidade constitucional do processo penal será o ponto de partida.

Antes, para evitar confusão conceitual, é preciso diferenciar o que seja princípio da instrumentalidade das formas do significado de instrumentalidade constitucional do processo penal, ambos relevantes para o objeto em estudo.

Primeiramente, em relação ao princípio da instrumentalidade das formas, tem como objetivo tornar o processo penal mais célere e eficiente do ponto de vista da execução da pena. Para isso, recorre a maximização das possibilidades de saneamento dos atos processuais viciados. É o que se denomina de ilegalismo congênito, que é a aceitação de ilegalidades processuais tomando-os em seus efeitos como se estivessem de acordo com a forma processual adequada. (GLOECKNER, 2017).

Com Gloeckner (2017), é possível vislumbrar mais que um princípio processual, na verdade, trata-se de um modelo político capaz de estabelecer critérios, métodos, narrativas e interpretações que interferem na configuração das nulidades. Como já ilustrado, o sentido da instrumentalidade das formas é o de permitir ilegalidades processuais em prol de uma maior celeridade e eficiência na execução da pena. Um desses instrumentos é a exigência da demonstração de prejuízo que impede o reconhecimento das nulidades, mesmo quando existentes.

Ainda nas lições de Gloeckner (2017), o nome mais apropriado para expressar a verdadeira essência do princípio da Instrumentalidade das formas é "princípio da tolerância das ilegalidades", visto ser uma rota de fuga da declaração das nulidades, à serviço de ideais antipáticos a preservação dos direitos fundamentais.

Esse é o fenômeno da funcionalização do direito penal, em que abstrações como segurança pública, combate à criminalidade e impunidade são colocadas como objetivos prioritários em detrimento da forma processual. (GLOECKNER, 2017).

Completamente distinto é o conceito de instrumentalidade constitucional do processo penal. Pela leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), percebe-se que ela constitui um processo penal que limita o poder punitivo estatal por meio de suas garantias processuais positivadas ao longo de toda a carta. Especialmente suas determinações no sentido garantir a ampla defesa e o contraditório, a individualização da pena, legalidade, o devido processo penal, o juiz natural, a presunção de inocência, a motivação das decisões, enfim, um processo penal humanitário e racional que minimiza o arbítrio judicial.



É aí que se encontra a justificativa para que a leitura que se faça do Código de Processo Penal seja compatível com a Constituição Federal, visto ser a carta política do Estado. E essa democratização do processo penal se dá por meio da instrumentalidade constitucional do processo penal, que significa dizer que as determinações encontradas na constituição devem dirigir e delimitar a ação punitiva do Estado, e as demais disposições legais no que lhe sejam contrárias — inclusive o CPP — devem ser desconsideradas em sua validade. (LOPES JR., 2019).

Ou seja, a instrumentalidade constitucional do processo penal nada mais é do que dizer que, nas palavras de Lopes Jr. (2019), “O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não o contrário”.

Entendido que a CRFB/88 constitui um processo penal garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos e que o sistema de nulidades é um grande responsável pela sua efetivação e proteção, passa-se agora aos apontamentos críticos que a pesquisa julga necessários para a adequação da teoria das nulidades à instrumentalidade constitucional do processo penal.

A inadequação para a construção de um processo penal democrático remete desde a divisão entre nulidades relativas e nulidades absolutas. Atribuir as nulidades de ordem relativa a mera proteção de interesses privados é reducionista, no processo penal todo interesse é de ordem pública, visto ter como pano de fundo a tutela da liberdade dos indivíduos, direito fundamental protegido por cláusula pétrea. (LOPES JR., 2019).

Contudo, a atual teoria das nulidades nomeia a punição dos culpados como interesse público e o interesse do acusado em se defender de interesse privado. (GLOECKNER, 2017). Erra ao negar o interesse da sociedade na absolvição dos inocentes, que só pode acontecer por meio do devido processo legal. Nas lições de Lopes Jr. (2020, p. 1480), “A proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e as garantias constitucionais que o tutelam.”.

É preciso realocar a discussão do que seja interesse público no processo penal. Na verdade, qualquer que seja a perspectiva, é de interesse da sociedade a preservação das garantias individuais prescritas pela CRFB/88. Seja do ponto de vista constitucional, já que a promulgação da carta política significa a chancela do povo brasileiro, o que permite depreender daí o interesse público de vê-la cumprida e respeitada integralmente. Ou do ponto de vista pragmático, do indivíduo — quando no papel de acusado, deseja o respeito as formas para o exercício do direito de defesa —, ou do próprio Estado — que quer garantir a ordem jurídica. (ZACLIS, 2015).

Consequentemente, o impedimento de que as nulidades relativas sejam declaradas de ofício, que deriva diretamente da equivocada concepção de que no processo penal há tutelas meramente privadas, também é inadequado. O juiz no processo penal tem o dever de garantir a lisura e a eficácia das garantias constitucionais, cabendo-lhe, desde logo, ao tomar conhecimento, determinar a retirada e o refazimento do ato processual defeituoso a fim de evitar o prolongamento dos danos causados por parte do vício encontrado. (LOPES JR., 2020).

Porém, o principal artifício para evitar o reconhecimento das nulidades é a regra da demonstração do prejuízo, objeto do presente estudo. Ela traz ao processo penal brasileiro característica própria do sistema inquisitorial, o amorfismo processual ou ilegalidade congênita — que significa dizer que há uma flexibilidade conveniente ao interesse punitivista, que varia entre a completa ausência de respeito à forma e o extremo apego ao formalismo. (GLOECKNER, 2010).

Positivada de forma vaga e abstrata no artigo 563, a regra do prejuízo permite a manipulação do processo penal pelo inquisidor para afastar os efeitos do sistema de nulidades sob a alegação de inexistir prejuízo para a parte interessada. Para superar essa barreira é preciso que a arguição do prejuízo comprove a relação entre o dano e a ruptura da forma do ato — que pode ser entendido como princípio da lesividade, contudo, diferentemente do que ocorre no direito material que protege o direito de liberdade, no direito processual serve como catalizador da expansão da ilegalidade. (GLOECKNER, 2017).

E, mais ainda, demonstre a vantagem processual que advirá com a declaração da nulidade para quem a invoca — ou seja, cria carga probatória ao prejudicado, o que fere a presunção de inocência, já que tira a responsabilidade pelo zelo das regras do jogo das mãos do magistrado. (LOPES JR., 2019).

Entretanto, tal exigência resulta em verdadeiro paradoxo, como apontado por Gloeckner (2017), “como é possível provar a vantagem de um ato ainda não praticado? Como é possível a avaliação de um ato processual virtual?”. Tanto a doutrina quanto o código são silentes quanto a esses questionamentos.

Ao mesmo tempo, a arbitrariedade de quando se dá o prejuízo permite que o inquisidor recorra a um formalismo exacerbado com o único objetivo de fazer o processo retroagir a um estado anterior para renovar a produção probatória, a fim possibilitar uma nova chance para a acusação. (GLOECKNER, 2017).

É o que ocorre no Brasil no tribunal do júri, onde a nulidade é usada para ferir garantias processuais do acusado, num verdadeiro abuso de apelações interpostas pelo Ministério Público para ver anulado o julgamento. Aqui o órgão acusador se vale da verificação de uma nulidade na fase de instrução para que o ato seja refeito no intuito de

ter uma segunda chance para colher informação que antes o fez de modo incompleto. (GLOECKNER, 2017). Uma espécie de máquina do tempo que serve para aprimorar a acusação.

Ou seja, quando conveniente ao interesse punitivista os argumentos variam entre o repúdio à um suposto formalismo exacerbado e um apego rigoroso e oportunista a formalidades processuais.

Como se pode notar, o sistema inquisitório é um fenômeno mais complexo do que o clichê dado pela doutrina clássica, ainda presa na mera separação de funções. Ao longo da história o sistema acusatório foi identificado como aquele em que as funções de julgar, acusar e defender se encontram em figuras distintas, já que imprescindível para a imparcialidade do julgador. Enquanto para o sistema inquisitório são apontados ordenamentos jurídicos nos quais as funções de julgar e acusar se encontram na figura do juiz inquisidor.

Porém, na doutrina de Lopes Jr. (2019), somente a divisão estática das funções é insuficiente como critério diferenciador. Para o citado autor, é a gestão da prova o verdadeiro divisor de águas entre os dois sistemas. Dessa forma, no sistema acusatório a gestão da prova cabe estritamente as partes, com o magistrado alheio garante-se o seu necessário distanciamento das partes para o fim de alcançar a imparcialidade e o efetivo contraditório.

A presente pesquisa concorda com a lição do autor e toma a liberdade para ir além, ao colocar o respeito a forma processual ao lado da gestão da prova como elementos configuradores do sistema acusatório. Assim, para um processo penal verdadeiramente acusatório — consciente da falibilidade e dos riscos inerentes ao julgamento humano —, é essencial que exista uma teoria das nulidades forte para expurgar os ilegalismos, e isso só pode se dar com o reconhecimento das nulidades desimpedido de standards probatórios arbitrários criados com mero intuito inquisitorial.

Dito isso, resta claro que na ordem jurídica brasileira há o embate entre dois sistemas que imperam concomitantemente, o sistema acusatório positivado na Constituição Federal — que garante o efetivo contraditório, a imparcialidade do julgador, a democracia processual por meio da preservação da forma —, e o sistema inquisitório positivado no Código de Processo Penal — voltado ao combate do mal por meio da execução acelerada da pena a todo custo, recorrendo a institutos que dificultam o reconhecimento das nulidades, tais como a regra da demonstração do prejuízo, verdade real e a instrumentalidade das formas.

Mas afinal, o que é a exigência de demonstração do prejuízo? Seria um princípio, uma regra ou ambos? Seu conceito se confunde com o da instrumentalidade das formas ou são distintos?

Quanto ao primeiro questionamento, numa análise mais aprofundada, a partir das discussões acima apresentadas, é patente que se trata de uma ferramenta de uma política criminal inquisitorial, que busca punir em maior quantidade e velocidade sem se preocupar com possíveis erros judiciários.

Em relação ao segundo questionamento concorda-se com posicionamento de Zaclis (2015) que, a partir da leitura de Dworkin (2014), afirma ser a demonstração do prejuízo uma regra, como consta no artigo 563, do CPP; por isso se aplica nos moldes do tudo ou nada, diferente dos princípios que se aplicam na medida do possível.

Inclusive, concorda-se com o citado autor quando em suas críticas alerta para o perigo de se tomar a demonstração do prejuízo como princípio, pois daria ao poder judiciário margem para fazer interpretações arbitrárias. Não se trata de mero apego conceitual, pois faz diferença devido a ampliação da incidência do instituto.

Contudo, discorda-se do autor quanto ao terceiro questionamento, quando diferencia a demonstração do prejuízo por ser uma regra e a instrumentalidade das formas por ser um mando de otimização. Afinal, como colocado pelo próprio autor, o prejuízo para que se veja declarada a nulidade existe quando a finalidade destinada pela lei para o ato processual praticado não for alcançada. (ZACLIS, 2015).

A mera distinção de regra e princípio não é suficiente, o que inclusive muda a resposta do segundo questionamento, pois, na prática, a demonstração do prejuízo é sim um princípio norteador que orienta a atuação estatal para uma política criminal inquisitória, na forma da instrumentalidade das formas. Negar o atual estado de coisas em que se encontra o sistema de nulidades do CPP só favorece a permanência de institutos inapropriados para a construção de um processo penal acusatório. Como ensina Gloeckner (2017), com as nulidades relativas é possível manter um sistema inquisitorial no seio do processo penal democrático.

A doutrina adepta da relativização das nulidades, quando confrontada com o interesse público inerente ao processo penal, recorre a algumas alternativas para salvar a classificação. Parte da doutrina justifica a divisão entre vícios que causam ou não ferimento à norma constitucional. Contudo, no processo penal, todas as normas estão interligadas de uma maneira ou outra à uma garantia constitucional, de modo que tentar distinguir direitos fundamentais que geram nulidades absolutas e relativas é inapropriado, vide inexistir hierarquia entre eles. (PASCHOAL, 2017).

Dessa forma, requerer lesão a princípios de ordem constitucional para se declarar a nulidade reduz as possibilidades de sua declaração e eleva o grau de discricionariedade, já que alguns atos processuais delineados por normas infraconstitucionais não permitem a demonstração imediata de dano à Constituição, mas, mesmo assim, devem ser invalidados. Paradoxalmente, a teoria da nulidade como tipo constitucional é ferramenta que enfraquece e viola direitos fundamentais, pois eleva a definição de prejuízo a um conceito mais restrito e mais raro de ocorrer, o que permite maior tolerância com vícios processuais. (GLOECKNER, 2017).

A divisão ainda se mantém ilógica quando invocado a presunção ou não do prejuízo, afinal, se foi previsto pelo legislador é porque presume-se que o vício frustra alguma finalidade relevante, pressupondo que a lei não foi instituída à toa. Ou seja, o desrespeito à forma estabelecida pelo legislador só pode implicar na existência de prejuízo, pois, do contrário, não haveria necessidade para sua legislação. (PASCHOAL, 2017).

Consequentemente, entender que, diferente das nulidades de ordem absoluta, nas nulidades de ordem relativa o prejuízo não se presume, exigindo-se sua demonstração, não é um critério diferenciador sustentável.

Assim, seja a justificativa do interesse público, do ferimento à constituição ou do prejuízo efetivo, na verdade, não há um critério material apto a diferenciar uma nulidade da outra — o que, diga-se, a nomenclatura sequer está na lei, que fala apenas de vícios sanáveis e insanáveis, onde infere a doutrina tratar-se de relativa e absoluta respectivamente —, a divisão entre vícios de ordem absoluta e relativa é tecnicamente errada. (PASCHOAL, 2017).

Como se não bastasse a arbitrariedade inerente de como se dá a demonstração do prejuízo deixados pelo legislador, o CPP ainda atrelou essa resposta a um dispositivo inquisitório e autoritário, qual seja, a verdade real positivada no artigo 566.

O papel da verdade real no Processo Penal brasileiro vai além de apenas modular o que seja o prejuízo como o defeito no ato processual que interfere na sua busca. Cumpre a busca pela verdade substancial a tarefa de ser a razão ideológica para a deformação do processo penal. É para ela que as formas processuais são cada vez mais relativizadas, movimento que resulta na exigência da demonstração do prejuízo até mesmo de vícios de ordem absoluta, tendência observada na jurisprudência como será discutido mais adiante.

Como ensina Gloeckner (2017), “O prejuízo está visceralmente ligado a uma concepção de processo penal que considera a forma um obstáculo à verdade material.”. Ideia incompatível com a própria natureza das nulidades processuais, visto que procuram delimitar a atuação punitiva do Estado, enquanto a verdade real procura a resposta em

detrimento de qualquer limite ou regra imposta, o que satisfaz o ímpeto autoritário e avesso a ampla defesa e ao contraditório do sistema inquisitorial construído para a punição a qualquer custo.

Em sua doutrina, Lopes Jr. (2020), demonstra preocupação quanto à aplicação da verdade real para distinguir nulidade relativa ou absoluta, pois o conceito é facilmente manipulável retoricamente — muitas vezes há uma fusão com a instrumentalidade das formas, em que a verdade substancial passa a ser o fim do processo penal, na mesma lógica de que os fins justificam os meios —, além de carregar forte influxo ideológico permeado de conflitos políticos, no qual, geralmente, é usado por magistrados para se colocarem como guardiões da moral e dos bons costumes.

O resultado da busca pela verdade real, condenações com alta probabilidade de injustiças, vide o desrespeito à forma e as garantias processuais, se materializa por meio da exigência do prejuízo que impede a declaração de nulidade de vícios existentes no processo no intuito que o processo prossiga e haja a condenação.

Por todo o exposto, discorda-se de exposições como a de Zaclis (2015), quando diz que o problema não se encontra na exigência do prejuízo, mas, sim, nos seus critérios configuradores. Em verdade, independentemente das balizas que se adotem para a sua definição, permanece arbitrária e propensa ao ilegalismo congênito.

Como pôde ser observado, apesar de mudarem de nomenclatura a estrutura se mostra semelhante, seja para alcançar a finalidade do ato com a instrumentalidade das formas; ou para buscar a verdade real; a necessidade de demonstração do prejuízo continua arbitrária.

De nada adiantará desvincular o prejuízo das categorias da instrumentalidade das formas e da verdade real, pois, no fim, os três conceitos são manifestações de uma mesma ferramenta que tem como objetivo expurgar a declaração das nulidades em prol do aumento do poder punitivo do Estado.

Cumprir explicar que rechaçar a ideia da verdade real não significa dizer que o processo penal prescindir de sua busca. O que se está a dizer é que é impossível alcançar uma verdade dita absoluta, livre de qualquer risco de erros, o que em tese justificaria a quebra de todos os limites para concretizá-la. (PASCHOAL, 2017).

Contudo, é possível alcançar uma verdade processual, dito de outra forma, uma verdade construída a partir da consciência dos limites inerentes a cognoscibilidade humana, passível de falhas e preconceitos.

É então que se revela a importância da forma processual para a garantia da verdade, pois atua justamente para evitar que a cognição do julgador seja afetada por seus preconceitos e pela sua subjetividade e contamine o julgamento. (PASCHOAL, 2017).

Tanto o modelo inquisitório como o acusatório buscam a verdade, a diferença reside no como se busca. Aquele tem uma confiança extremada na bondade do poder, o que justificaria o vale tudo na sua busca — como exemplo, ignorar vícios processuais com a alegação de não terem causado prejuízo para evitar o reconhecimento da nulidade. Enquanto o sistema acusatório parte de uma grande desconfiança quanto a essa suposta bondade e infalibilidade. (PASCHOAL, 2017).

E é justamente neste ponto que reside o papel desempenhado pelas formas processuais, já que a sua observação é o principal instrumento para minimizar as chances de erro e melhorar as chances de encontrar uma decisão correta, por isso, é que o reconhecimento das nulidades representa uma garantia epistemológica na busca da verdade, conforme a lição de Paschoal (2017):

“O pronunciamento da nulidade, ao servir como mecanismo de observância dos direitos e garantias fundamentais (obrigando ao refazimento do ato omitido ou praticado com algum defeito), também constitui garantia para atingimento da verdade, na medida em que corrige os desvios de rumo do procedimento, os quais podem prejudicar alguma das partes, comprometendo a solução justa da demanda, ao impedir que este ou aquele sujeito do processo não tenha oportunidade de oferecer reação e convencer o juiz de sua versão. (PASCHOAL, 2017, p. 108).”

Faz-se evidente que a regra da demonstração do prejuízo é inapropriada frente a busca da verdade processual por permitir a contaminação do julgador em virtude da fragilização da forma processual.

E quanto ao prejuízo no seu aspecto de uma projeção da instrumentalidade das formas não é diferente, por serem várias e mutáveis ao longo do tempo as finalidades existentes para cada ato processual, é impossível instituir uma fórmula geral que possa deduzi-las para então se chegar ao pretense prejuízo causado de modo racional, como pretendido pelo código processual penal no art. 572, em seu inciso II. (PASCHOAL, 2017).

Estudada a crítica da regra da demonstração do prejuízo em seus aspectos legais e doutrinários, é chegada a hora de passar a discutir o comportamento da cultura jurídica.

#### **4 A demonstração do prejuízo na jurisprudência brasileira**

A jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros referente a regra do prejuízo se mostra um catalizador arbitrário. Na prática jurídica brasileira não é exagero falar em abolição das nulidades absolutas, vide exigirem a comprovação de prejuízo pela parte interessada no seu reconhecimento também.

Ou seja, na realidade, a situação é ainda mais crítica do que a visualizada na teoria das nulidades, pois não há nulidade a salvo da regra do prejuízo, que segue com seus critérios configuradores indefinidos pelo Poder Judiciário.

Com a ampla pesquisa realizada por Paschoal (2017) é possível demonstrar o fenômeno da relativização das nulidades, citar as contradições em diversos julgamentos da matéria pelas cortes superiores e apontar para o grau de discricionariedade do conceito de prejuízo.

A começar pelo julgamento do STJ pela 6ª Turma no HC 99.390/SP, de relatoria da Ministra Thereza de Assis Moura, julgado em 01/09/2009, em que se discutia a respeito da inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/2002, reconhecida no próprio voto da relatora como causa de nulidade absoluta: "Trata-se de nulidade absoluta, cujo reconhecimento independe de demonstração de prejuízo, já que não há como comprovar que efeito teria a defesa apresentada para o recebimento da denúncia ou para o processo em si."

Porém, apesar de admitir a existência de constrangimento ilegal no caso, não reconheceu a nulidade em razão de preclusão, conforme o trecho a seguir:

"A hipótese ora sob análise se me afigura um desses casos em que, apesar de se estar diante de uma inobservância do procedimento legalmente previsto, não se evidencia qual seja o prejuízo ao paciente, que apenas suscitou referida nulidade mais de um ano após a prolação da sentença, já em sede de habeas corpus, e que nenhuma referência fez ao apontado vício nas razões de apelação, na qual questionou apenas o mérito da ação penal. Como a defesa, durante toda a ação penal, não suscitou qualquer nulidade, tampouco apontou providência que supostamente teria deixado de ocorrer e que poderia ter obstado o recebimento da denúncia, anular todo o processo, sob a alegação genérica de desrespeito ao texto legal, configuraria formalismo exacerbado, implicando conferir extrema relevância à forma em detrimento do que substancialmente foi colhido na marcha processual. (STJ, HC 99.390/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6º T., j. 01º.09.2009)."



Como se pode observar, além da preclusão aplicada em nulidade de ordem absoluta — o que contraria entendimento da doutrina tradicional —, também fundamentou a decisão no art. 566, do CPP, quando faz referência aos resultados obtidos com o ato processual.

Aqui o prejuízo encontra-se disfarçado como verdade real e finalidade do ato atingida, há então uma inversão na lógica do devido processo legal, já que, dada a obtenção do que foi “substancialmente colhido na marcha processual”, chega-se à conclusão de que não valeria a pena anular o procedimento. (PASCHOAL, 2017).

Acontece que, apenas 8 dias antes, mais precisamente no dia 24/08/2009, a mesma 6ª Turma do STJ decidiu que a inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 é causa de nulidade absoluta, por isso mesmo, não passível de preclusão, como firmado no julgamento do HC 125.161/SP, de relatoria do Ministro Nilson Naves, *in verbis*.

“É certo que já existe sentença condenatória com trânsito em julgado. Entretanto a nulidade em comento, repito, é de ordem absoluta, a saber, não preclui – não é, pois, sanável. Sendo absoluta, a nulidade é conhecível em qualquer tempo, e se impõe à autoridade de jurisdição prevalente que a declare. (STJ, HC 125.161/SP, Ministro Relator Nilson Naves, 6º T., j. 24.08.2009).”

O contraste entre os dois julgados acima em um curto espaço de tempo, em uma mesma Tuma da Corte Superior, sem nenhuma justificativa para tal, visto os vícios serem o mesmo em ambos os casos, revela a arbitrariedade no reconhecimento das nulidades por parte do Poder Judiciário e que a sorte dos jurisdicionados está entregue a razões outras que não as próprias do direito. Assim, a depender do Juiz, Tribunal, Turma ou Relator do caso, tem-se uma teoria das nulidades diferente.

Como observado no primeiro julgado colacionado, a condenação, em si, não é um prejuízo. Faz-se oportuno o questionamento, afinal, o que é mais grave que uma condenação criminal a ponto de poder ser considerado prejuízo suficiente? (PASCHOAL, 2017).

Entendimento repetido em diversos julgamentos, a exemplo do STF em sede do RHC 106.728/DF, no qual a Ministra Relatora Ellen Gracie, ao tratar de vício relacionado a fixação de competência por prevenção em caso do procedimento do júri, onde houve a distribuição da apelação para Câmara de Direito Criminal não preventa, considerou que o Réu não comprovou a existência do prejuízo. (PASCHOAL, 2017).

Acontece que o julgamento da apelação pela Câmara de Direito Criminal não preventa anulou a decisão dos jurados por considerá-la manifestamente contrária a prova dos autos. Consequentemente, remetido a um segundo julgamento no Tribunal do Júri em virtude da anulação, o Réu foi condenado pelo conselho de sentença. A fundamentação do voto da relatora passa por classificar o vício como nulidade relativa, o que exige a demonstração do prejuízo para ser reconhecida. (PASCHOAL, 2017).

Chama a atenção o que poderia ser considerado prejuízo suficiente para o reconhecimento do vício objeto do julgamento. Em verdade, a conclusão que se apresenta é a de que quando é classificada como nulidade relativa pelo Poder Judiciário significa dizer que a nulidade é inexistente, visto nem mesmo a mais severa consequência possível no âmbito penal ser suficiente para satisfazer o critério do prejuízo.

Cite-se, ainda, que é recorrente o uso da sentença condenatória para afastar o prejuízo, o que fere a presunção de inocência e inverte a lógica inerente ao processo penal, já que vícios processuais representam risco de incorreção da decisão, visto serem as formas processuais uma tentativa de estabelecer métodos racionais para obtenção dos resultados. Desse modo, afastar o reconhecimento do vício processual por existir sentença condenatória é um argumento contraditório. (PASCHOAL, 2017).

Isto apenas desvela a falta de sistematização jurisprudencial da regra do prejuízo que, conforme lição de Paschoal (2017):

“Temos a seguinte conjuntura: se ontem o tribunal reconhecia a nulidade em determinada situação, hoje passa a adotar entendimento diverso, nada impedindo que, amanhã, a posição que até ontem fora desposada venha a ser novamente aplicada, passando-se a julgar diferente. Em síntese, é uma verdadeira bagunça. As mudanças de humores da jurisprudência, a ponto de fazer o próprio direito a ser comparado a uma loteria, só trazem prejuízos à Justiça, cuja credibilidade e coerência passam a ser questionadas por todos; ademais, quem mais sente e sofre com todas essas alterações de entendimentos é, justamente, o cidadão jurisdicionado, sendo que, em sede penal, uma pequena diferença de posicionamento pode significar muito, como a manutenção de uma prisão cu a concessão da liberdade, o que bem mostra a gravidade da situação. (PASCHOAL, 2017, p. 456).”

As justificativas de ministros do STF e STJ em diversos julgados são nebulosas quando classificam determinada nulidade como absoluta ou relativa, ou até mesmo do porquê exigem a demonstração do prejuízo nas nulidades absolutas ou de presumi-lo em

outros casos. (PASCHOAL, 2017). Há ausência de critérios do Poder Judiciário na definição do que seja prejuízo demonstrado e de quais vícios se deve exigir.

É o que se observa no Supremo Tribunal Federal com julgados que ora exigem a demonstração do prejuízo até mesmo das nulidades absolutas, como foi o caso do julgamento do HC 110.160/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, na 2ª Turma, do dia 18/12/2012:

“O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. (STF, HC 110.160/DF, Ministra Cármen Lúcia, 2º T., j. 18.12.2012).”

Enquanto em outros julgados a mesma Suprema Corte considera determinados vícios com relevância suficiente para presumir-se o prejuízo, como ocorreu no julgamento do RHC 106.394/MG, *in verbis*:

“Por outro lado, considerando que, na audiência, foi realizado ato instrutório relevante, a oitiva da vítima, sem que houvesse a regular intimação da Defensoria Pública local para o ato, presume-se o prejuízo, não sendo aplicável o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. (STF, RHC 106.394/MG, Ministra Relatora Rosa Weber, 1º T., j. 30/12/2012).”

As variações nas classificações se dão até mesmo nos votos de um mesmo julgador, como demonstrado na pesquisa de Paschoal (2017) quanto ao vício da ausência de defesa preliminar nos crimes da lei de drogas:

“A respeito das mudanças de entendimentos no Supremo, cita-se o julgamento do HC 95.434/SP (j. 25.08.2009), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que ali se fala, expressamente, em nulidade absoluta em razão da inobservância do art. 38, da Lei n.º 10.409/2002 (pontuando, entretanto, o Ministro, que o STF vem mitigando o conhecimento da nulidade). Contudo, no julgamento do HC 96.864/SP (j. 20.10.2009), o Ministro Ricardo Lewandowski fala em nulidade relativa (p. 674, do acórdão), sendo que, posteriormente, no julgamento do HC 98.101/SP (j. 01.º.06.2010), volta a falar, novamente, em nulidade absoluta (embora pontue que o STF tem mitigado o reconhecimento da nulidade). No ponto, o exposto revela

certa imprecisão no uso das palavras, o que, de toda forma, deveria ser evitado, ainda mais em se tratando de julgamento da mais alta Corte do país, que deve primar pelo rigor técnico, pois, doutrinariamente, há diferenças drásticas em se falar que um vício enseja nulidade absoluta ou relativa. (PASCHOAL, 2017, p. 467).”

Constata-se, então, que inexistente um padrão racional e coerente para o reconhecimento do prejuízo, na verdade, o poder judiciário se vale de um modelo decisionista processual desprovido de qualquer compromisso com uma fundamentação juridicamente legítima. (ZACLIS, 2015).

Para melhor ilustrar o comportamento do judiciário quanto a aplicação da regra do prejuízo, cumpre citar a tabulação do entendimento emanado pelo STF sobre a matéria feita na pesquisa de Pereira (2009).

Dos 34 julgados estudados no levantamento, apenas 6 deles dispensaram qualquer menção a ocorrência ou não de prejuízo — os julgadores se limitaram apenas na discussão da não observância do rito processual — na análise de casos eivados de nulidade absoluta, perfazendo 18% do total. Dos julgados levantados para estudo em apenas 3 deles os ministros do STF, ao tratarem de casos de nulidade absoluta, decidiram que a comprovação do prejuízo é desnecessária para o seu reconhecimento, o que totaliza uma porcentagem de 9%. (PEREIRA, 2009).

Em contrapartida, em 12 casos (35%) de nulidade absoluta o STF considerou que o prejuízo era evidente por conta de inobservância de garantias constitucionais, ou seja, considerou a existência do prejuízo necessária para o reconhecimento dos vícios de ordem absoluta. No mesmo sentido de exigir a demonstração do prejuízo, só que decidindo pela sua não configuração, em 13 dos julgados, ou 38% dos casos, o STF não declarou a nulidade por entender não comprovado o prejuízo, tal qual acontece nas nulidades relativas. (PEREIRA, 2009).

Pelo exposto percebe-se que o quadro decisório é incoerente e imprevisível, repleto de julgados que ora reconhece determinadas nulidades, ora as rechaçam com fundamento no mesmo critério. O que se encontra de comum nas decisões é uma antipatia pelas nulidades, que as coloca como o mal maior até mesmo que o próprio desrespeito a forma. Campo fértil para a regra do prejuízo (art. 563, do CPP) reinar até mesmo sobre os princípios constitucionais como ocorre em muitos julgamentos do STF. (GLOECKNER, 2017).

Nas lições de Gloeckner (2017), é apontada uma circularidade dos precedentes, responsável por reproduzir a aplicação da regra do prejuízo e evitar a necessidade de fundamentação dessas decisões que, vide sua incorreção técnica, poderia constranger a

jurisprudência nacional quanto a inconstitucionalidade da atual teoria das nulidades. Dessa forma, recorrer a esses precedentes é a única válvula de escape na tentativa de tentar fundamentar decisões incoerentes.

“Mas por que se faz? Se analisarmos do ponto de vista do encaixe ou da fragmentação dos precedentes decisórios, conclui-se que o recurso argumentativo a essa miríade de decisões só tem sua razão de existência em quatro motivos cumulativos: a) a fragilidade da argumentação da decisão presente, movida por uma petição de princípio (decide-se porque já se decidiu assim); b) nenhuma daquelas decisões invocadas como argumento constitui de fato um precedente, novamente pela fragilidade e promiscuidade de seus núcleos semânticos essenciais; c) os próprios precedentes remetem a outros precedentes que tomam como ponto de partida os mesmos significantes e, então, há uma opção pela sustentação de julgados posteriores à promulgação da Constituição da República em detrimento dos mais antigos - função de escamoteamento de que as decisões continuem a partir de critérios estabelecidos em regime político autoritário; d) a função catártica trazida pelos precedentes, o que implicaria que a decisão não seria arbitrária ou rompedora de um posicionamento consagrado naquela instância. (GLOECKNER, 2017, p. 474).”

Essa circularidade de precedentes é na verdade um discurso autoritário e cacofônico da Suprema Corte que resulta em ferimento ao direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, que ajuda a esconder o DNA autoritário do Código Rocco, o lastreamento na ideologia da defesa social e impede a discussão quanto a adequação constitucional do atual sistema de nulidades, ou seja, é mais uma ferramenta a serviço do enraizamento da cultura inquisitória no processo penal. (GLOECKNER, 2017).

Estabelecido o atual panorama, passa-se a tentativa de apontar possíveis caminhos a serem tomados para readequar o sistema de nulidades para proteger os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

## **5 O sistema de nulidades adequado à Constituição da República**

Existem quatro culturas jurídicas que se distinguem no tratamento das formas processuais, chamados de sistemas, são eles: a) Sistema formular, que trata o ato processual como uma solenidade que deve ser praticado exatamente como previsto; b) Sistema judicial, onde cabe ao juiz ou tribunal, no caso concreto, reconhecer ou não a existência da nulidade; c) Sistema taxativo, no qual somente a previsão normativa autoriza

o juiz a reconhecer a nulidade; e d) Sistema do *Ne Pás de Nullité Sans Grief*, adotado majoritariamente pelos processos penais do ocidente e pelo Código de Processo Penal brasileiro, exige a existência de prejuízo para o reconhecimento da nulidade. (GLOECKNER, 2017).

Entende-se aqui, por tudo que já foi apresentado, pela incompatibilidade do sistema do *Ne Pás de Nullité Sans Grief* com a instrumentalidade constitucional do processo penal, o que favorece a tese da não recepção do artigo 563 do CPP pela Constituição Federal. Mais do que isso, é inadequado também em razão do contexto histórico, social e cultural do Brasil. Basta lembrar que a regra do prejuízo é um potencializador dos riscos quanto à condenação de um inocente, que será encaminhado para um sistema prisional declarado como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como consta na ADPF 347.

Consequentemente, pela perspectiva constitucional, a solução passa por abolir as nulidades relativas e a exigência da demonstração do prejuízo no processo penal. (GLOECKNER, 2017). Porém, apesar de ser a resposta ideal, pois mais coerente com o sistema acusatório e sua missão de preservar os direitos fundamentais, é uma proposta irrealizável no contexto brasileiro atual, vide o pensamento doutrinário e jurisprudencial majoritários que veem as nulidades como uma barreira que impede a busca pela justiça.

No presente trabalho, concorda-se com Gloeckner (2017) quando apresenta como proposta mais adequada à Constituição da República de 1988 o sistema da taxatividade temperada. Basicamente, consiste em considerar todas as nulidades previstas normativamente como de ordem absoluta — dispensada a necessidade de demonstração do prejuízo, não sujeitas à preclusão e reconhecíveis de ofício. Assim, impede-se o fenômeno da relativização das nulidades absolutas, de exigir a demonstração do prejuízo para sua declaração, como acontece no judiciário brasileiro.

Então, para evitar o erro do engessamento observado no antigo sistema da taxatividade — que não consegue prever todas as possibilidades de nulidades —, a taxatividade temperada reservaria as nulidades não previstas normativamente — únicas hipóteses de nulidades relativas — a exigência de demonstrar o prejuízo. Isso se daria a partir da Constituição e da demonstração da incidência de alguma garantia constitucional na hipótese não prevista.

Ainda propõe o autor a inversão do princípio da regularidade dos atos de poder, ou seja, uma inversão da carga probatória em que, devido ao processo penal lidar com direitos humanos e o desequilíbrio na relação entre Estado-Acusação e acusado, a alegação de nulidade pela defesa implicaria no dever do magistrado, caso não reconheça a nulidade, de demonstrar que o ato processual foi produzido de acordo com a forma estabelecida na

lei. (GLOECKNER, 2017). Desse modo, a regra do prejuízo se adequaria ao princípio da presunção de inocência no seu aspecto como regra de tratamento ao longo do processo.

Quanto as nulidades que devem ser previstas normativamente para configurarem vícios de ordem absoluta, cita Gloeckner (2017):

“Como decorrência constitucional, o modelo legal de nulidades tem o dever de regular os aspectos técnicos do processo, resumidos em quatro grandes blocos: a) elementos e requisitos de validade dos atos processuais; b) ordem e sucessão dos atos processuais e sua realização no tempo e espaço; c) capacidade específica e requisitos exigidos de determinados sujeitos para a prática de certos atos processuais; d) possibilidade jurídica de realização do ato processual e atos processuais substitutivos. As demais nulidades decorreriam da violação aos princípios constitucionais, pelo que se poderia resumir toda essa estrutura sob o rótulo de "atos processuais violadores do sistema acusatório". (GLOECKNER, 2017, p. 294).”

Como resultado, tem-se a construção de uma teoria das nulidades democrática por ser comprometida com as garantias fundamentais e combativa com os atos estatais irregulares, o que pode ser denominado como defesa da criminalidade do poder.

Contudo, as perspectivas de mudança não apontam nessa direção. Da leitura do projeto de novo Código de Processo Penal, PL nº. 8045/2010, apesar de mudanças bem-vindas, como a da previsão de nulidades absolutamente nulas e insanáveis, expressa no art. 158, que tratam de violações à direitos e garantias fundamentais do processo penal, incorre no mesmo erro de adotar o sistema do prejuízo de maneira ambígua — não exclui a possibilidade de exigir-se a demonstração do prejuízo das nulidades absolutas, tal qual o Código de 1941.

Silencia, também, quanto a distinção entre nulidades absolutas e relativas, além de reproduzir o conceito de instrumentalidade das formas ao possibilitar a sanatória da finalidade atingida e manter a incompetência territorial como nulidade relativa. É o que se observa respectivamente no art. 157, incisos I e II e no art. 158, parágrafo § 2º do projeto de lei.

## **Conclusão**

Os resultados da presente pesquisa permitiram identificar as características e os efeitos da exigência da demonstração do prejuízo para o reconhecimento das nulidades

no processo penal. Da análise, foi possível inferir as críticas quanto à redação imprecisa e insuficiente do artigo 563, do Código de Processo Penal.

Com a análise do contexto histórico e jurídico-cultural, reconheceu-se a sua origem autoritária e inquisitorial, além da lógica privatista que rege o estudado critério para aferir a existência de um ato inválido. O que, inclusive, persiste na atual teoria das nulidades, como se pôde observar a partir do estudo da jurisprudência, onde foi encontrado um comportamento arbitrário e incoerente do Poder Judiciário na aplicação do dispositivo da regra do prejuízo, que contribui para a expansão do ilegalismo congênito com o movimento da relativização das nulidades absolutas.

Por todo o exposto, percebe-se a incompatibilidade da regra da demonstração do prejuízo com um sistema processual penal acusatório, que se queira garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. A melhor alternativa ao atual sistema de nulidades se encontra na taxatividade temperada, que deixa a salvo as nulidades absolutas do adágio do *Ne Pas de Nullité Sans Grief*.

Dada a importância do reconhecimento das nulidades para a efetiva atuação da Teoria das Nulidades na preservação das garantias fundamentais, é necessária a discussão sobre os problemas inerentes ao critério do prejuízo com toda a comunidade — judiciário, doutrina, poder legislativo e, principalmente, a população —, para que haja a conscientização dos riscos quanto a potencialização de decisões arbitrárias e inadequadas constitucionalmente.

## Referências

AURY, Lopes Jr., **Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020**. Saraiva Educação S.A., v. 3, 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO-LEI n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n. 125.161/SP. Relator: Nilson Naves. Julgamento em 24 ago. 2009. **Diário Oficial da União**.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n. 99.390/SP. Relator: Thereza de Assis Moura. Julgamento em 01 set. 2009. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 106.394/MG. Relator: Rosa Weber. Julgamento em 30 dez. 2012. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 110.160/DF. Relator: Carmén Lúcia. Julgamento em 18 dez. 2012. **Diário Oficial da União**.

DWORKIN, Ronald. **A RAPOSA E O PORCO-ESPINHO: JUSTIÇA E VALOR**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução de: Justice for Hedgehogs.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **NULIDADES NO PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: PROCESSO PENAL E INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL**. Curitiba, 2010. 623 p. Tese (Direito) - Universidade Federal do Paraná.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. **O Prejuízo e as Nulidades Processuais Penais: Um Estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 632 p.

PEREIRA, Maísa Carla Borges. **DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NAS NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**. Brasília, 2009. 75 p. Monografia (Direito) - Centro Universitário de Brasília.

ZACLIS, Daniel. **A REGRA DO PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS: CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RACIONAL DE APLICAÇÃO DO "NE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. São Paulo, f. 199, 2015. Dissertação (Direito) - Universidade de São Paulo.

## **MENINO OU MENINA? A ESCOLHA DO SEXO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

**DANIELA GISLAINE ABRAHÃO:** Formada em Direito, no ano de 2017, na Universidade Federal de Minas Gerais. Foi assistente judiciária na 2ª instância do TJMG. Escrivã de Polícia perante a Polícia Civil de Minas Gerais, em 2019. Pós-graduada em Direito Penal e em Psicologia Jurídica. Mestranda na área da segurança pública. 88

**RESUMO:** O acelerado desenvolvimento dessas tecnologias (de Reprodução Assistida), o crescimento de clínicas e centros que oferecem esses serviços no país, assim como a rápida aceitação do uso de tecnologias na criação da vida humana, levam, necessariamente, a ponderar o lugar da ciência moderna e da tecnologia no mundo contemporâneo, considerada como intrinsecamente progressiva e benéfica na tradição iluminista (OUDSHOORN, 1994). Nesse sentido, este estudo perfaz a tênue linha entre os avanços da tecnologia no campo da reprodução humana assistida e o direito, para apontar, por meio de uma interpretação antropológica e filosófica, os embates que surgem desta relação. Longe de tentar esgotar o tema, notadamente em função de sua amplitude e contemporaneidade, a obra pretende focar, em especial, a nominada “sexagem”, isto é, a escolha do sexo do embrião, para refletir sobre as modificações ou efeitos concomitantes que esta oferta tecnológica pode trazer para a sociedade. Para tanto, entraremos na realidade fática do Brasil, com vistas a concluir que a escolha do sexo dos filhos é uma assertiva permanente, contudo, diretamente influenciada pela cultura de cada povo. Após, perceberemos que, exatamente em virtude de aspectos tocantes ao direito das famílias serem determinados pela moral de cada comunidade, torna-se inútil a tentativa de regulamentação e/ou intervenção estatal em sentido contrário à prática usual. Assim, a forma como cada sociedade irá absorver os avanços tecnológicos trata-se mais de uma autocompreensão dos indivíduos naquela cultura do que uma imposição do Estado. Ao final, concluiremos pela prevalência dos direitos fundamentais à liberdade e planejamento familiar em detrimento da regulamentação vertical das famílias. Note-se: esta dissertação não objetiva aclarar se é moralmente correto, ou não, escolher o sexo dos embriões ou proceder a quaisquer outras intervenções genéticas. Tampouco pretende sustentar a desnecessidade de inserção de questões ético-jurídicas nos procedimentos científicos. Limita-se, por sua vez, a desconstruir o mito da necessidade de regulamentação estatal

88 E-mail:

sobre questões iminentemente culturais atinentes unicamente ao Direito das Famílias. Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Avanços médico-científicos. Escolha de Sexo. Sexismo. Eugenia. Neogenia. Ética. Bioética. Família.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. UMA PASSAGEM PELA INTERDISCIPLINARIDADE. 3. A FALHA LEGISLATIVA. 4. ÉTICA DA ESPÉCIE. 5. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS. 6. SELEÇÃO, ABORTO E HOMICÍDIO. 7. UM ARGUMENTO MORAL DECISIVO? 8. BIOÉTICA. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 25 de julho de 1978, nascia, na Inglaterra, Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta, concebida através da técnica de fertilização *in vitro*, realizada pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards.

Já no Brasil, o início da utilização dos procedimentos de Reprodução Humana Assistida não pôde ser comemorado. Em 22 de outubro de 1982, a tentativa de êxito resultou na morte da paciente, Zenaide Maria Bernardo, e nenhuma gestação.

Posteriormente, em 07 de outubro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais, veio à luz Anna Paula Caldeira, a primeira criança brasileira concebida através das técnicas de assistência à reprodução.

Com o advento destes nascimentos, iniciou-se o debate acerca da possibilidade de uso da tecnologia para solucionar problemas de infertilidade ou, até mesmo, para o tratamento de doenças genéticas.

Desde então, reflexões éticas, morais e religiosas permeiam o tema, em especial quando se trata de impor limitações ao uso destas tecnologias.

No Direito Civil, em especial nos Direitos de Família e Sucessões, a reprodução humana assistida gera consequências. Envolve o tema conflitos diversos, acerca, por exemplo, da autorização a ser dada para o emprego das técnicas, do uso de útero de outrem para gestar o embrião, dos direitos sucessórios decorrentes da reprodução *post mortem*, da possibilidade de descarte de embriões no caso de gravidez múltipla, da adoção destes embriões, dentre várias outras problemáticas.

Para delimitar o tema desta pesquisa, a hipótese a ser apresentada será aquela que consta do título da presente tese: a escolha do sexo dos embriões gerados por meio da Reprodução Humana Assistida.

Frise-se: esta obra não pretende definir sobre se é moralmente aceitável ou não a prática da sexagem. Tampouco almeja sopesar o interesse individual e o interesse da coletividade, com vistas a concluir por uma ou outra solução milagrosamente harmônica em âmbito global.

O que se discute, sem a pretensão de esgotar o tema, é a intervenção estatal sobre temáticas delineadas por aspectos exclusivamente culturais, observando a questão sob a ótica pluralista e democrática.

Para tanto, serão feitas ponderações acerca da necessidade (ou desnecessidade, conforme discorreremos) de regulamentação estatal no âmbito da moral e da ética, tais quais aquelas elaboradas por Habermas<sup>[1]</sup>:

Devemos considerar a possibilidade, categoricamente nova, de intervir no genoma humano como um aumento da liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e não precisam de nenhuma autolimitação?

Dessa forma, esta tese oferecerá um suporte teórico para discorrer sobre auto-regulamentação cultural de cada sociedade sobre as inovações técnico-científicas, notadamente a Reprodução Humana Assistida e a possibilidade, por consequência, de escolha do sexo de pré-embriões.

Trata-se de tema atual, por vezes cercado por dogmas e estigmas éticos, que desencadeiam debates e questionamentos de ordem política e religiosa, em virtude de sua interferência direta no processo de procriação natural do homem.

## **2 UMA PASSAGEM PELA INTERDISCIPLINARIDADE**

Inicialmente, há de ser esclarecido que não haverá aqui um detalhamento acerca das técnicas existentes para a seleção de sexo ou das demais características do genoma humano, uma vez que se trata de matéria afeta às ciências médicas e biológicas, que extrapolam os limites desta abordagem.

Para esta obra, basta ter em mente que a seleção de sexo já é uma realidade, possível por meio de técnicas didaticamente divididas em técnicas pré-fertilização, pré-gestacional e pós-gestacional.

As técnicas pré-fertilização consistem baseiam-se em diferenças físicas e cinéticas dos espermatozoides, para separar aqueles que possuem o cromossomo X daqueles que possuem o cromossomo Y.

Dentre as técnicas pré-gestacionais, destaca-se a técnica da biópsia embrionária pré-implantatória, que consiste em uma análise cromossômica de uma amostra celular do embrião, para identificar se o genoma é masculino ou feminino.

Insta observar que, na primeira hipótese, a seleção genética é possível antes mesmo da fecundação do óvulo e, no segundo método, descobre-se o sexo antes da própria implantação do embrião em um útero. Estes fatores terão cabal relevância para a argumentação que será desenvolvida no deslinde desta obra.

Por fim, as técnicas pós-gestacionais podem ser feitas a partir da 10ª semana de gestação e pressupõem, caso sejam efetivadas, na realização de aborto.

Enquanto com os métodos usuais de inseminação só é possível torcer para que as condições saudáveis e os traços tidos como vantajosos do esperma do doador escolhido sejam transmitidos ao embrião, o diagnóstico genético pré-implantacional oferece a possibilidade de avaliar distintos cromossomos com vistas a anomalias, como a trissomia que leva à síndrome de Down e a hemofilia na determinação do sexo, e permite registrar, com um crescente grau de segurança, a presença de alelos gênicos relacionados à atrofia espinhal progressiva, às distrofias musculares e à fibrose cística.[2]

### **3. A FALHA LEGISLATIVA**

A seleção de sexo diferencia-se atualmente em seleção terapêutica (eugenia negativa), a qual visa evitar a transmissão de enfermidades graves hereditárias aos filhos pelos pais, e seleção de sexo não terapêutica (eugenia positiva), com fins diversos, que não se vinculam à enfermidades.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina estabelece que “toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal”.

Complementa que “toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro* não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal” (RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, VI, 1 e 2).

Ademais, Instrução Normativa nº 8, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), publicada no Diário Oficial da União em 11 de junho de 1997, em seu artigo 2º, veda a manipulação genética de células germinais ou de células totipotentes, além de vedar experimentos de clonagem radial através de qualquer técnica de clonagem. No

mesmo sentido, a Instrução Normativa nº 9 reforça que “é proibida qualquer intervenção ou manipulação genética em células germinativas humanas”.

Há também a Resolução CNS 196/96, que procura conciliar a necessidade da pesquisa científica com princípios éticos fundamentais, embasando-se em documentos internacionais, tendo a expressão ‘reprodução humana’, por ela adotada, sido posteriormente definida, por meio da Resolução CNS 303/2000 nos seguintes termos:

**I – Definição:** Pesquisas em Reprodução Humana são aquelas que se ocupam com o funcionamento do aparelho reprodutor, procriação e fatores que afetam a saúde reprodutiva da pessoa humana.

O suposto consenso no tocante à possibilidade das intervenções genéticas de caráter terapêutico, também denominada eugenia negativa, é evocado diante de um mal indubitavelmente extremo, rejeitado por todos. Perante uma doença evidentemente grave, admite-se uma aquiescência fictícia, na qual qualquer cidadão, em situação semelhante, agiria da mesma maneira.

É como se considerássemos o embrião como a pessoa que um dia ele será e, então, antecipássemos seu consentimento sobre o uso da técnica para optar por seu descarte ou sua modificação genética. Nesse sentido, leciona J.Harris[3]:

Enquanto a intervenção médica for dirigida pelo objetivo clínico de curar uma doença ou proporcionar uma vida saudável, o médico que realiza o tratamento pode supor o consentimento do paciente preventivamente tratado.

Ou seja, diante da possibilidade inerente ou da confirmação de que um embrião venha a desenvolver doença grave por razões genéticas, é criada uma segunda pessoa imaginária, um adulto, correspondente à vida gerada por aquele embrião doente, que, muitos anos à frente, se manifestaria no sentido de não desejar viver uma vida limitada.

José Nicolau Heck[4], professor da UFG e da UCG e Pesquisador do CNPq, reforça a ideia de que “(...) há um consenso generalizado de que estão a limine justificadas pelo assentimento posterior da prole, uma vez que é sensato admitir que seres humanos desejam não ter disposições patológicas monogenéticas. Em relação à eugenia negativa não há, assim, controvérsias maiores quanto ao uso das técnicas disponíveis que impedem o nascimento de seres humanos onerados com deficiências graves, ou seja, aqui como alhures não há muita celeuma quando se trata de evitar o pior, o defeituoso, o que causa sofrimento e/ou infelicidade”.

Assim, forma-se um julgamento acerca de qual vida é digna ou não de ser vivida, partindo-se de um suposto consenso de que todas as pessoas doentes, naquela situação, prefeririam não terem nascido do que viverem inabilitadas.

E, nesse ritmo, distingue-se a eugenia negativa da eugenia positiva pela diferença entre preferências a serem evitadas e pela possibilidade ou não de generalização destas preferências.

Mas se desfazer de um embrião doente abre precedente para a seleção a partir de critérios estabelecidos de forma unilateral. Realizarmos para outrem uma distinção entre a vida digna de ser vivida e a não digna.

A sociedade julga-se capaz de desenvolver critérios suficientemente convincentes para considerar uma existência fraca ou saudável e, em consequência, tenta estabelecer traçados intangíveis entre uma eugenia negativa e o aperfeiçoamento genético.

Prosseguindo na análise legislativa brasileira, tem-se que a Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, criando o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestruturando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, e, ainda, dispendo sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Senão vejamos:

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

**II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;**

**III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;**

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

E ainda:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5o desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Isto é, o ordenamento jurídico atual corrobora com o pensamento de que a produção, o armazenamento e a manipulação de embriões, para então serem permitidas, devem ter sempre uma finalidade terapêutica, consistente na destinação dos embriões à procriação apenas.

Fica estabelecido ainda, além destas exigências, que a procriação não pode ter qualquer natureza comercial, em observância, aliás, ao que dita a própria Constituição Federal (artigo 199, 4º):

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.



(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

O que se vê, portanto, é que em qualquer nível legislativo, por meio constitucional ou infraconstitucional, são utilizados sempre vocábulos e expressões vagos, tais quais “manipulação genética” e “todo tipo de comercialização”.

As nomenclaturas adotadas são sempre pouco definidas, e de outra forma não poderiam ser, uma vez que tentam englobar as mais variadas possibilidades e hipóteses, tecnologias por vezes ainda inexistentes.

Trata-se, na verdade, de uma tentativa infrutífera de regulamentar os novos desenvolvimentos, criando leis e normas no presente que almejam enquadrar em si técnicas futuras.

Esse conteúdo pouco delimitado resulta em um amplo campo interpretativo. Diante das lacunas conceituais existentes, é o comportamento social que irá preenchê-las, a seu tempo.

Para tornar claro o que é dito: houve um tempo em que se questionava se as vacinações, operações cardíacas ou transplante de órgãos, por exemplo, não teriam extrapolado os limites legais entre os fins terapêuticos aceitáveis e a modificação intolerável do natural, da determinação humana.

Contudo, uma vez aceita e incorporada essa a aceitação destas práticas na sociedade, esse “obstáculo” é ultrapassado, e os limites do moralmente viável são atualizados.

Esse comportamento é observado de longa data, e foi objeto de estudo de W. van den Daele<sup>[5]</sup>, *in verbis*,

O que se percebe, e que era de se esperar, é que, com os novos desenvolvimentos técnicos, geralmente surge uma nova necessidade de regulamentação. Todavia, “Desde as primeiras vacinações e operações feitas no coração e no cérebro, passando pelo transplante de órgãos e pelos órgãos artificiais, até chegar à terapia genética, sempre se discutiu se já não se havia alcançado o limite em que

mesmo os fins terapêuticos não podiam mais justificar outras tecnicizações do homem. Nenhuma dessas discussões deteve a técnica.

Nesse diapasão, os intentos legislativos buscam coibir a tendência de liberdade que impulsiona a pesquisa biológica e o desenvolvimento da técnica genética. Mas são todos ineficazes, na medida em que vão sendo ultrapassados por novas tecnologias (exatamente aquelas que tentaram outrora limitar) e passam então a terem sua leitura defasada diante do contexto social.

Logo, mecanismos antes proibidos se tornam legais, e são vedados então os novos mecanismos, ainda em progresso na criação, em um eterno ciclo vicioso. W. van den Daele<sup>[6]</sup> também refletiu sobre este aspecto:

A partir dessa perspectiva empiricamente desenganadora, as intervenções legislativas surgem na liberdade da pesquisa biológica e no desenvolvimento da técnica genética como tentativas vãs de se opor à tendência de liberdade que domina a modernidade social.

Chega-se então à pergunta cabal: é arriscado deixar a evolução legislativa ao bel prazer da aceitação social? Isto é, corre-se o risco de, gradualmente, o então inaceitável ir sendo inserido na cultura, até que se torne comum? Então haverá um tempo em que não haja mais limites para o antiético? Deve-se temer uma eugenia liberal?

E, em sentido completamente oposto, Dworkin<sup>[7]</sup> questiona:

(...) qual é a diferença, afinal, entre inventar penicilina e usar genes produzidos e clonados para curar doenças ainda mais terríveis daquelas curadas pela penicilina? Qual é a diferença entre submeter sua criança a exercícios extenuantes, para reduzir seu peso ou aumentar sua força, e alterar, com o mesmo objetivo em mente, os seus genes enquanto um embrião?

#### **4 “ÉTICA DA ESPÉCIE”**

A tendência da evolução social é chegar a um ponto em que tudo seja permitido e não haja mais um antiético?

A discussão na qual ingressamos neste momento nos leva a questionar a “doutrina da vida correta”, isto é, a existência de uma posição supostamente consolidada da vida humana, seja em âmbito individual ou coletivo, determinante do comportamento padrão no qual devemos nos inserir.

O místico, a religião, o cosmos, a natureza, a história sagrada, o Estado. Cada qual, a seu modo, elucida normas e diretrizes a serem tomadas como modelos para uma existência dotada de retidão. São conceitos de sociedade justa, de ética e de política os responsáveis por guiar os parâmetros sociais.

Entretanto, diante da aceleração das transformações grupais, esses estigmas de vida moral estão sujeitos a duração cada vez mais curta, declínios cada vez mais rápidos. A própria filosofia vem fracassando ao tentar designar modos de vida universalmente decisivos, exemplares, perante o crescimento ininterrupto da diversidade cultural.

Pleitear uma “sociedade justa”, atualmente, é abrir espaço para que cada qual adote os critérios que entende serem os justos, sendo certo que estes jamais serão universais. Cada indivíduo, em sua concepção de justiça individual, contabiliza, integra, o todo. Esta concepção coletiva, formada por várias concepções individuais, será a responsável por orientar as ações humanas, na sociedade em que se insere.

Isto é, por meio de uma autocompreensão ética, utilizando critérios individuais de “vida boa”, os conceitos serão formados e transmitidos ou modificados pelas novas gerações.

O indivíduo, ao reproduzir informações que recebeu desde infante como corretas, e ao não corroborar com estas informações, envergonha-se e, a partir de então, altera conceitos da vida pregressa, de forma a adaptá-los aos seus próprios conceitos, reconhecendo-se novamente, sem se envergonhar.

Este mesmo indivíduo, ao ser admirado pelos demais e ao transmitir e compartilhar seus pensamentos, é seguido pela comunidade, resultando em uma nova maneira de pensar e agir coletiva, uma modificação cultural.

Veja bem, explico. A cultura não nasce apenas de projetos individuais, uma vez que nenhum projeto se forma de maneira completamente independente. Os projetos individuais de vida são gerados por experiências compartilhadas, advindas dos antepassados e acrescidas das novas experiências. Tal compartilhamento, sim, será apto a arraigar uma cultura.

Tampouco pode nascer a cultura por meio de uma proteção artificial das espécies ou por meio de uma intervenção estatal forçada. A lei serve ao homem, ratifica a cultura; a inversão desta ordem, de forma que a lei imponha ao homem um modelo cultura já se demonstrou infrutífera inúmeras vezes na história da humanidade.

Isso porque, as convicções morais apenas possuem o condão de condicionar o comportamento quando inseridas em uma autocompreensão ética, individualizada. Caso contrário, convicções morais impostas apenas criam atritos e sofrimento em todos níveis sociais.

A própria origem da palavra *moral*, grega, assim como a origem da palavra *ética*, latina, remonta à ideia de costume, definido pelos romanos como "o consentimento tácito do povo, envelhecido por longo hábito".

O costume é o direito não escrito e confirma-se no consentimento dos indivíduos, de forma individualizada, consagrando-se pela coletividade por meio do passar do tempo.

Partindo desta perspectiva, qual seja, de que a cultura apenas se forma através do progresso lento e natural de transmissão da autocompreensão ética, analisaremos se os avanços da biotecnologia são passíveis de serem limitados por uma intervenção estatal, para concluir que, ainda que seja normatizada, esta limitação apenas se efetivará quando integrar os parâmetros daquela sociedade.

É este o sentido das afirmações de Habermas<sup>[8]</sup> ao concluir que cada sociedade terá sua própria cultura, de forma completa e amplamente distinta da cultura de outras sociedades, pois cada uma é formada pelas próprias experiências de seus indivíduos:

Uma nação lida com a criminalidade em massa de seu regime anterior diferentemente de outra. Conforme a experiência histórica e a autocompreensão coletiva, elas optam pela estratégia do perdão e do esquecimento ou pelo processo de punição e recuperação da memória. O modo como lidam com a energia atômica dependerá, dentre outras coisas, do status que conferem à segurança e à saúde em relação à prosperidade econômica. Considerando-se essas questões ético-políticas, vale a sentença "outras culturas, outros costumes".

Nesse diapasão, parece restar claro que o Estado ideologicamente neutro não pode tomar partido acerca de uma aplicação "ética" de conceitos controvertidos sem afrontar a própria democracia.

Isso porque, o conceito de moral pertence aos sujeitos de direito humanos, compartilhado por todas as pessoas morais. As normas jurídicas precisam adaptar-se e corresponder aos anseios sociais, os quais se encontram em permanente modificação.

Dessa forma, quando surge uma tecnologia, tal qual aquela que possibilita a seleção de sexo pré-embriônica, prudente se faz analisar o modo como esta inovação será filtrada pela autocompreensão dos indivíduos.

Pessoas que jamais haviam sido expostas a este tipo de reflexão, senão nas obras de ficção científica, se veem então perante a necessidade de criarem um novo juízo de valor sobre a prática e, assim, concluírem pela aceitação ou rejeição social daquela conduta.

Tratar-se-ia, portanto, mais uma questão de ampliar a tutela educativa dos pais, assegurada pelos direitos constitucionais, sobre a liberdade de escolha sobre a genética da própria prole, ressalvando-se a necessidade de que estas escolhas não colidam com a liberdade ética dos filhos.

São estes ramos a serem estudados pelas ciências sociais, pela psicologia e pelas relações humanas, atinentes à formação das famílias, e não cabíveis à regência estatal.

Caso o Estado ultrapasse este “correr da carruagem”, e se adiante, por meio de normas esparsas, na proibição do agir, diversas poderão ser as consequências, conforme será demonstrado adiante.

Sigmund Freud<sup>[9]</sup> definiu que “a inadequação das regras que procuram ajustar os relacionamentos mútuos dos seres humanos na família, no Estado e na sociedade” é uma das fontes do sofrimento humano, agindo no sentido oposto ao da busca da felicidade.

## **5. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS**

Escolher o sexo da própria descendência tem sido um desejo constante na linha histórica da humanidade, ultrapassando gerações sem jamais se esvaír.

Os gregos do século V a.C. acreditavam que cada testículo era responsável por gerar um dos sexos, de forma que, retirando o testículo direito, gerariam meninos, pois o esperma que determinava homens vinha do testículo esquerdo. Ao contrário, no século XVIII, os nobres franceses, diziam que a remoção do testículo esquerdo garantiria um herdeiro masculino.

Hipócrates (460 a.C. em Cós; † 370 a.C. em Tessália), considerado por muitos como o “pai da medicina”, ensinava que, se a mulher deitasse sobre o lado direito, a “semente faria nascer um menino”, e se deitasse sobre o lado esquerdo, nasceria menina.

Já os seguidores da Cabala creem que, para saber o sexo do bebê, basta somar a idade da parceira, na ocasião da gravidez, à idade do parceiro na mesma época. Ao dividir essa soma por 3, se houver resto, será menino. Se a divisão for exata, será menina.

Há também quem tente selecionar o sexo das crianças elevando o consumo de potássio e sódio na alimentação, em conjunto com uma diminuição de cálcio e magnésio,

para favorecer o espermatozoide Y, tendendo a gerar meninos, ou se nutrindo de forma inversa, para favorecer o espermatozoide X e gerar meninas.

Inclusive em pesquisa sobre os motivos que levam um casal à adoção, Casellato (1998) revelou que 2,61% dos pais adotantes optam por essas vias porque assim podem escolher o sexo da criança.

Enfim, o que se percebe é que a escolha do sexo da prole, seja esta biológica ou adotiva, sempre foi um anseio patente em diversas civilizações.

Países como Bangladesh, Jordânia, Nepal, Paquistão, Coréia do Sul e Síria possuem forte preferência por filhos homens. Alguns países, como a Colômbia, Gana e Indonésia, não demonstram preferência por quaisquer sexos. Já a Jamaica e a Venezuela apresentam leve preferência por filhas. Na maioria dos países, os pais desejam pelo menos uma filha e também filhos.

Na China, é notória a preferência por crianças do sexo masculino, que foi, inclusive, positivada. A conhecida "Política do Filho Único", implantada durante o governo da República Popular da China, objetivava reduzir o crescimento populacional e, dessa forma, facilitar o acesso de seu enorme contingente ao sobrecarregado sistema público de saúde e de educação.

Nos termos da lei, proibia-se a qualquer casal ter mais de um filho, sendo que o descumprimento da norma resultaria em severas multas e outras penalidades, como a perda do emprego.

Nesse cenário, restou clara a preferência por filhos homens e endêmica a prática do infanticídio feminino. O desequilíbrio de gênero resultante acentuou-se depois de 1986, quando testes de ultrassom tornaram-se mais acessíveis e provocaram abortos em massa de fetos femininos. Em 1994, o governo chinês chegou a proibir médicos de divulgarem o sexo dos bebês durante o pré-natal.

No total, estima-se que as chinesas realizaram mais de 336 milhões de abortos. Além disso, quase 200 milhões de pessoas, a maioria mulheres, foram esterilizadas desde que a política foi implantada.

Ainda hoje, após o abandono da Política do Filho Único, 5% (cinco por cento) de todas as meninas nascidas na China não são registradas. Alguns observadores suspeitam que o infanticídio feminino continua a ser responsável por, pelo menos, algumas destas ausências, embora a adoção informal, em que as meninas são enviadas a parentes em locais distantes, ou em situações em que as meninas são criadas às ocultas, provavelmente expliquem a maioria dos casos.

O que se infere dessa situação é que a escolha pelo sexo da criança possui razões econômicas e culturais.

Em locais nos quais a mulher tem pouca independência econômica ou não participa da partilha de bens, filhos homens são a única fonte de segurança para os pais na velhice, notadamente para genitora, na hipótese de morte ou abandono do marido.

Ademais, em culturas com sistema de dotes, como a Índia, o investimento de recursos domésticos em filhas não gera retornos, uma vez que estas irão se casar e deixar as famílias de origem. Logo, torna-se mais oneroso casar filhas do que filhos.

Nas tradições hindu e confuciana, usuais em toda a Ásia, somente homens rezam pela libertação das almas dos pais mortos ou executam ritos de nascimento, morte e matrimônio. Logo, tendo apenas filhas mulheres, não haverá quem peça pela alma dos pais falecidos.

Nestes países, os meninos recebem mais cuidados médicos e maior porção de comida, enquanto as meninas são negligenciadas, maltratadas e até mesmo assassinadas. Assim, as mulheres possuem maior probabilidade de morrer na primeira infância (1 a 4 anos), especialmente em função da desnutrição e da carência de cuidados com a saúde.

Nesse cenário, algumas meninas não desejadas são assassinadas ou abandonadas logo após o nascimento, o que se denota de uma simples análise na proporção dos sexos nos nascimentos.

O aborto seletivo de fetos do sexo feminino é aparentemente generalizado em países asiáticos como a China, Índia e Coreia do Sul. Procedimentos pré-natais de ultrassonografias e amniocentese, que tornam o aborto seletivo possível ao revelar o sexo de um feto, apesar de terem sido proibidos nestes países, continuam a existir de forma ilegal, contribuindo para aumentar o índice de aborto dos fetos femininos.

Nestes casos, salta aos olhos o fato de que a lei, apesar de vedar, não consegue proibir o comportamento social, uma vez que, como dito anteriormente, trata-se de um aspecto cultural.

Imposições legislativas não são capazes de ditar os parâmetros morais, mas apenas de ratificá-los. Assim, para que o infanticídio e o aborto feminino sejam extintos destas nações, é necessária antes uma intervenção cultural do que uma proibição legislativa.

Ao contrário, na hipótese de se permitir, nestes países, a seleção sexual genética, incontáveis abortos, bem como as mortes de mães advindas de técnicas clandestinas, seriam evitados. Reduzir-se-iam também os infanticídios, abandonos e vendas de meninas.

Por certo, o grande número de nascimento de meninos não se sustentaria por delongado tempo, se o governo investisse em educação, para que a própria cultura, naturalmente, se ajuste à nova realidade.

Esta medida parece, a princípio, utópica ou demasiadamente morosa. Mas, em bem verdade, trata-se de medida imensamente mais eficaz do que a simples proibição de procedimentos pré-natais, como vem ocorrendo.

Afinal, nos países em que as mulheres constituem um ativo econômico, e não um passivo, não há indícios de preferência dos genitores pelo sexo masculino. Joaquim Clotet e José Roberto Goldim<sup>[10]</sup> ressaltaram este aspecto:

Estudos conduzidos na Alemanha<sup>[11]</sup> e Inglaterra<sup>[12]</sup> com mais de 2.000 homens e mulheres revelam que, apensar de os ingleses terem maior preferência pela seleção de sexo e pelo uso da reprodução assistida para realiza-la, isto não interferiria no balanço entre os sexos. Na Alemanha, 58% (cinquenta e oito por cento) dos entrevistados não se importam com o sexo dos filhos, 30% (trinta por cento) disseram que gostariam de ter o mesmo número de meninos e meninas e 92% (noventa e dois por cento) rejeita o uso de tecnologia para seleção de sexo. Entre os ingleses, 16% (dezesseis por cento) não se importam com o sexo dos filhos, 68% (sessenta e oito por cento) gostariam de ter o mesmo número de meninos e meninas e 71% (setenta e um por cento) rejeita o uso de tecnologia para seleção de sexo. O que se vê é uma nítida preferência por balanço familiar.

Dessa forma, o investimento em educação das meninas resulta no aumento de seu potencial de acréscimo de rendas e, conseqüentemente, agrega valor econômico sob a ótica dos pais, sendo, então, desnecessário escolher entre crianças do sexo feminino e masculino na alocação dos recursos familiares.

Diante de uma igualdade de condições entre os gêneros, tornar-se-á escolha individual dos cidadãos optarem ou não pela seleção de sexo, consoante a vontade, o desejo, ou o senso de ética individual.

À título exemplificativo, um estudo realizado com mais de 3.000 mulheres em Hong Kong<sup>[13]</sup>, por exemplo, demonstrou que o fato de haver dois ou mais filhos do mesmo sexo é fato determinante para mais uma gravidez. Afinal, casais que têm repetidamente filhos do mesmo sexo desejam conceber um do sexo oposto.



Isso pode provocar problemas econômicos, familiares e sociais para o país, como o crescimento demográfico ou a redução do padrão de vida da população.

Nesse contexto, justificar-se-ia a seleção de sexo para o balanço familiar, e caberia aos indivíduos decidirem por sua realização, nos termos de sua concepção ética.

## **6 SELEÇÃO, ABORTO E HOMOCÍDIO**

Sempre que surge o tema da sexagem, há quem defenda a linha argumentativa no sentido de que sua prática afrontaria o direito à vida, amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Reinaldo Pereira e Silva<sup>[14]</sup>, em lição abaixo transcrita, fundamenta que qualquer pessoa é pessoa e titular dos direitos da personalidade, independentemente do estágio de formação em que se encontra:

(...) o concebido “in vitro” e o concebido no útero são considerados pessoa para efeito de reconhecimento dos direitos da personalidade? É muito comum, ao se falar, dentre outros direitos da personalidade, do direito à vida, instaurar-se a grande questão: quem é o titular desse direito? E a resposta, que é uma constante em toda a história da doutrina jurídica, mesmo porque a única lógica é que esse titular é a pessoa. Sabe-se que, de acordo com a doutrina jurídica, tudo o que pertence ao “mundo do ser” ou é uma pessoa, em consequência, sujeito de direito, ou é um bem capaz de satisfazer uma necessidade, objeto de direito. Não há meio-termo. (...) Ora, se sequer aqueles que são favoráveis ao abortamento identificam o concebido como uma coisa, outra qualidade ele não possui para o direito senão a de pessoa. O nascituro, “in vitro” ou no útero, é titular dos direitos da personalidade pela simples razão de que é uma pessoa.

E, no âmbito do direito penal, considerando o descarte dos embriões de sexo não desejado, muitos tendem a pensar na seleção genética dentro do crime de aborto.

Pois bem.

Nas técnicas seletivas pré-fertilização, a seleção genética é possível antes mesmo da fecundação do óvulo, conquanto nas técnicas pré-gestacionais, descobre-se o sexo antes da própria implantação do embrião em um útero.

Assim, ao se proceder à escolha do sexo do embrião obtido *in vitro*, eventualmente os embriões não selecionados serão descartados.

Ocorre que, como se nota, nestes casos são aplicadas técnicas anteriores à gravidez.

Por essa razão, existe também uma linha argumentativa no sentido de que a gravidez configura requisito intrínseco ao conceito de aborto, de forma que somente à mulher grávida é possível o aborto.

Não havendo sequer concepção, porquanto o embrião ainda esteja *in vitro*, forçoso seria enquadrar a conduta no tipo penal previsto.

Nesse sentido, lecionam Joaquim Clotet e José Roberto Goldim, *in* Seleção de Sexo e Bioética, p.80:

(...) Neste caso, apesar de a vida humana embrionária ser ofendida por tal prática, o crime de aborto não pode abranger esta situação fática, pois aquele crime está relacionado apenas com a morte dada ao embrião humano intra-uterino, que está localizado dentro do ventre materno, sendo indispensável esta condição para o seu reconhecimento, não se admitindo em direito penal analogia in malam partem no sentido de considerar como crime de aborto a destruição do embrião *in vitro*, descartado pela técnica de seleção de sexo não-terapêutica pré-implantatória.

Ressalte-se que, como dito alhures, a “seleção de sexo” advinda da morte do nascituro intra-uterino,, amplamente praticada em diversas culturas, é punida pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do crime de aborto, consoante artigos 124 e seguintes do Código Penal, uma vez que não se enquadra nas hipóteses permissivas para a prática.

Portanto, a assertiva “seleção não é aborto”, refere-se obrigatoriamente à seleção pré-gestacional.

Habermas<sup>[15]</sup> também afirma que a seleção de sexo diferencia-se do aborto na medida em que, neste, há uma gravidez indesejada, e uma vida formada é tirada, enquanto na seleção genética, os pais não são envolvidos de improviso, mas aceitam desde o princípio a técnica. Vejamos:

Com a rejeição de uma gravidez indesejada, o direito da mulher à autodeterminação colide com a necessidade de proteção do embrião. No outro caso (no uso do diagnóstico genético de pré-implantação), a proteção da vida do feto entra em conflito com as considerações dos pais, que, ponderando a questão como se fosse um bem material, desejam ter um filho mas recusam a implantação se o embrião não corresponder a determinados padrões de saúde.

Nesse conflito, os pais não são envolvidos de improviso; eles aceitam desde o princípio o embate ao mandarem fazer um exame genético no embrião.

Partindo deste posicionamento, tem-se que, de um lado, deve ser considerada a autonomia dos sujeitos para planejarem livremente as suas famílias, porquanto o planejamento familiar é um direito assegurado constitucionalmente, pelo artigo 226, §7º, abaixo transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Da mesma forma, o art. 9º da Lei 9263/96 dispõe que serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Assim, o aspecto mais relevante a ser considerado para realização da escolha de sexo seria a autonomia dos pais, sobretudo considerando que os embriões têm apenas uma expectativa de direito à vida.

Discussão semelhante pode ser estendida ao enquadramento do descarte dos embriões não selecionados ao tipo penal em que figura o homicídio.

Homicídio é a destruição voluntária ou involuntária da vida de um ser humano.

Posto isto, para considerar as técnicas de seleção como crime de homicídio, isto é, um crime contra a vida, é necessário que esta vida de fato exista, motivo pelo qual se instaura uma discussão sobre o início da vida.

A simples fecundação do óvulo daria início à concepção?

Como cediço, fase essencial à concepção é a nidação. Para que ela ocorra são necessárias várias especificidades fisiológicas simultâneas, como a espessura suficiente do endométrio e a "fixação" do óvulo fecundado, de maneira que nem todo óvulo fecundado

dá início a uma gravidez. Logo, não havendo a gravidez, não há que se falar necessariamente em uma vida, mas em uma expectativa de direito.

O próprio Código Penal parece corroborar com essa linha ideológica, sobretudo considerando a licitude de métodos contraceptivos como o DIU.

Nesse diapasão, o direito dos pais de determinar o sexo dos filhos apenas poderia entrar em conflito com o direito fundamental de outrem se o embrião *in vitro* já fossem “um outro ser”, detentor de direitos.

Lado outro, a corrente mais protecionista argui, como José Afonso da Silva<sup>[16]</sup>, que tudo o que interfere em prejuízo do processo natural e espontâneo, notadamente, na hipótese, o descarte de embriões, contraria a vida:

Não intentaremos aqui dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre este *ser* que é objeto de direito fundamental. *Vida*, no texto constitucional (art.5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O que se conclui é que o tema é recente, e está engatinhando pelos debates que ainda irão surgir. Tentar traçar, desde já, de forma unilateral, um limite preciso e moral entre a junção de gametas e o nascimento que defina o ponto originário da formação da personalidade detentora de direitos, será um ato fatalmente arbitrário, conforme previu Habermas<sup>[17]</sup>:

(...) toda tentativa de traçar um limite preciso e moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação ou a junção dos gametas, de um lado, e o nascimento, de outro, une-se algo arbitrário. Portanto, seria arbitrário resolver o fenômeno por meio de estipulações moralmente unívocas, em favor de um lado ou outro. A substância normativa da necessidade de proteger a vida pré-

peçoal não encontra expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos. Somente as preposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é igualmente bom para todos podem ter a pretensão de ser aceitáveis para todos em uma espera pública democrática.

Por mais que se adentre ao tema, é inevitável concluir que se trata de questão puramente moral e, portanto, impossível o consenso. O Código Penal, a Constituição, ou quaisquer outros atos regulamentadores não estarão aptos a demonstrarem de plano as respostas procuradas. É a sociedade, por meio da sua cultura, como amplamente explicado acima, quem irá definir se a prática é ou não eticamente aceitável e, apenas então, essa norma regida por valores deverá constar do ordenamento jurídico.

## **7. UM ARGUMENTO MORAL DECISIVO?**

Como dito alhures, o intuito desta obra não é chegar a uma premissa sobre os aspectos morais ou éticos acerca da possibilidade de seleção do sexo, pois esta discussão cabe a cada sociedade, mediante a autodeterminação de seus indivíduos.

Portanto, não pretende este ensaio concluir sobre a seleção ser "certa" ou "errada", "aceitável" ou "reprovável", etc.

Entretanto, não há como passarem despercebidas reflexões diante da ideia de uma programação eugênica. Existe grande relutância quanto à intervenção anterior ao nascimento, na medida em que se torna imprevisível a reação do indivíduo em crescimento ao saber, futuramente, que suas características foram projetadas por outrem.

O grande questionamento tange ao modo como as crianças se comportarão quando confrontadas com a ideia de sua "pré-fabricação".

Todavia, há de se perceber que, independentemente da extensão de programação genética, é o conhecimento posterior que essa pessoa toma da situação, do mundo e de si mesma, que determina sua relação consigo, sua percepção de sua própria existência corporal e psíquica.

Habermas<sup>[18]</sup> também discorreu sobre o assunto:

Quem pode saber se a ciência do fato de que outra pessoa projetou o design para a composição do meu genoma deva ter alguma importância para minha vida? É antes improvável que a perspectiva de ser um corpo vivo perca a primazia em relação a ter um copo que foi objeto de preparo genético.

O simples conhecimento da anterioridade de sua “produção” não tem necessariamente qualquer efeito alienador. O ser não perde sua experiência de “ser um ser”, em detrimento de “ter um corpo”.

Apesar de ter um corpo definido por outrem, a partir do momento em que se toma ciência de sua existência, aquele passa a ser o seu corpo, sua identidade, e tudo o que forma este corpo forma também o próprio ser. Ele passa a se identificar como o ser, e então não mais importa como seria se não houvesse a intervenção genética.

Para que a pessoa se sinta livre, deve sua própria procedência remontar a um início indisponível, criado por Deus ou pela natureza, e intocado pela disposição de outras pessoas?

As manipulações genéticas partem de uma decisão unilateral do manipulador, o que significa uma responsabilidade problemática para aquele que se julga capaz de tomar decisões irreversíveis sobre o genoma de outra pessoa. Porém, essa manipulação significa por si só uma limitação da autonomia moral da pessoa atingida?

Na medida em que o comportamento selecionador genético passe a advir legitimamente de uma vontade geral e democrática, serão restituídas às pessoas selecionadas as mesmas condições de alguém que tenha nascido “naturalmente”, porquanto se torne corriqueiro.

Com efeito, aqueles afetados pela seleção poderão não mais se considerar dependentes de um destino geneticamente moldado por terceiro, mas como coautoras de um consenso, uma vontade universal.

Em uma sociedade em que as práticas eugênicas e o método da clonagem reprodutiva tenham se tornado acessíveis a todos, não haveria dificuldade em reconhecer crianças geneticamente modificadas como “parceiros de interações livres e iguais”.

Assim, ainda que a biologia passe a ter o domínio da técnica e, dessa forma, perca sua conotação de “natureza”, continua-se a operar com naturalidade, apenas reinventada. O natural, outrora encarado como a *forma* de reprodução humana, passa então ao *desejo* de reprodução humana com boa qualidade.

Nesse sentido, Dworkin[19] observa que “[N]ão há nada em si mesmo errado com a ambição separada de fazer a vida das futuras gerações de seres humano mais longas e mais cheia de talentos e, conseqüentemente, mais realizada”.

E completa:

“Brincar de Deus é de fato brincar com fogo. Mas é isso que nós mortais temos feito desde Prometeu [...]. Nós brincamos com fogo e assumimos as consequências porque a alternativa é a covardia perante o desconhecido.”<sup>[20]</sup>

## 8. BIOÉTICA

A palavra “Bioética” surgiu em um artigo escrito por Van Rensselaer Potter, em 1970, intitulado *Bioethics, the science of survival*, “como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.”

E, consoante a Encyclopedia of Bioethics, bioética é um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, sendo essa conduta examinada à luz de valores e princípios morais, como um conceito mais amplo que o da ética médica, abrangendo a vida do homem, da fauna e da flora.

Como informa José Roberto Goldim<sup>[21]</sup>, o vocábulo reportado trata de uma ética interdisciplinar:

Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética de consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante...

Todas elas envolvem a bioética, (...)

Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma maneira especial para incluir tanto a ciência como as humanidades, mas este termo é rejeitado pois não é auto-evidente.

Assim, conclui-se que o seu estudo vai além da área médica, abarcando Direito, Psicologia, Biologia, Antropologia, Sociologia, Ecologia, Teologia, Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores.

Mas o surgimento da bioética se deu em virtude de um motivo, em especial: É inimaginável, senão irrealista, acreditar que uma sociedade que já tomou decisões relativas a intervenções no genoma possa simplesmente retroceder ao *status quo ante*.

Por esta razão, cientes de que, uma vez experimentadas novas tecnologias, não se retrocederá como se elas nunca houvessem sido criadas, é que uma ética interdisciplinar foi necessária.

Habermas<sup>[22]</sup> foi atento a este aspecto:

É nessa situação que nos encontramos hoje. O progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção. O que antes era "dado" como natureza orgânica e podia quando muito ser "cultivado", move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo. Na medida em que o organismo humano também é compreendido nesse campo de intervenção, a distinção fenomenológica de Helmuth Plessner entre "ser um corpo vivo" (Leib sein) e "ter um corpo" (körper haben) adquire uma atualidade impressionante: a fronteira entre a natureza que "somos" e a disposição orgânica que "damos" a nós mesmos acaba se desvanecendo. Por conseguinte, para os sujeitos produtores, surge um novo tipo de auto-referência, que alcança o nível mais profundo do substrato orgânico.

Na realidade, o que ocorre é exatamente o oposto. À medida que são experimentadas novas tecnologias, tende-se a ocorrer uma aceitação lenta e gradual de mudanças, nos limites e nos conceitos éticos então aceitos. Vejamos.

Inicialmente, o desenvolvimento da medicina reprodutiva nos levou à possibilidade de obtenção, até então inimaginável, de um diagnóstico pré-natal, permitindo saber o sexo da criança antes mesmo de seu nascimento.

Após, com os avanços no campo da combinação dos componentes elementares do genoma, implantou-se a ideia de que tais recursos podem ser moral ou juridicamente aceitáveis na hipótese de doenças hereditárias graves em virtude do sexo, de forma que o diagnóstico pré-implantação poupe a genitora de uma futura interrupção da gravidez.

Na esteira, a permissão será estendida, a fim de prevenir doenças hereditárias menos graves e outras semelhantes, por simples aplicação analógica. Com o tempo, as praticas tornar-se-ão habituais sem que nos demos conta, tal qual ocorreu com o próprio diagnóstico pré-natal.

Pode ocorrer, eventualmente, de se atingir ponto já defendido pela eugenia liberal, em que não se reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento,



deixando as preferências individuais dos integrantes do mercado regirem a dinâmica das intervenções geneticamente modificativas.

Hoje mesmo já é árdua a tarefa de se definir a tênue diferença entre exclusão dos fatores hereditários indesejáveis e otimização de fatores desejáveis.

Entretanto, volto a reportar o dito no tópico anterior.

Se uma sociedade, pelos processos políticos de autocompreensão de seus indivíduos, assimila em sua cultura aspectos da eugenia liberal, caberá ao Estado tão somente ratificar aquele comportamento.

Isso porque, como visto, a mudança nos valores sociais não provém da imposição legal. Ao contrário, a imposição de uma vedação normativa diretamente contrária à realidade cultural leva apenas a uma marginalização dos procedimentos de intervenção genética, aumentando, conseqüentemente, a procura por serviços clandestinos, bem como os riscos deles advindos.

E exatamente pelos mesmos motivos, não há como se afirmar que a eugenia liberal importe necessariamente em seleção de um “modelo” genético padronizado, um “novo ariano”.

Afinal, as definições culturais e os padrões sociais transmitidos e incorporados com o passar das gerações podem tender a uma aceitação cada vez maior da diversidade, da aceitação do diferente, da igualdade dos desiguais e, assim, sem quaisquer imposições legais, rejeitar determinados avanços biotécnicos.

Pensar de maneira contrária é como não desejar desenvolver uma cura para o câncer por medo de que talvez um ditador venha a utilizar a técnica para somente curar as pessoas integrantes do grupo de seu interesse, discriminando os demais e fadando-os à morte.

Assim, o próprio indivíduo, como unidade, escolhe não realizar certa intervenção genética, porquanto culturalmente induzido a proceder desta forma, e irá repassar isso aos seus descendentes, de tal maneira que a coletividade não adote aquela técnica, bastando ao Estado positivar o comportamento.

Portanto, com a devida vênia, há de se discordar de Jürgen Habermas, ao tentar moralizar a natureza humana, para torna-la normativamente indisponível, afirma que “Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício.”(p.29)

Ora, o que ocorre é que antes da existência de determinada tecnologia, era impossível incluir sua utilização nas definições éticas e morais de uma sociedade, exatamente porque ela ainda não existia.

Todavia, após seu surgimento, iniciar-se um julgamento valorativo sobre a prática, de forma a incluí-la ou não na base conceitual adequada aos padrões morais.

Não há que se falar, portanto, em “perda de sensibilidade moral”, pois isso pressupõe que a moral anterior à existência da tecnologia, ignorante de sua existência, era mais sensível do que a moral posterior a esta.

Na verdade, a moral, na medida em que constitui verdadeiro filtro do comportamento social, apenas transmuta-se, adequa-se, sem ganhar nem perder sensibilidade.

A aceitação gradual de determinadas mudanças não enseja, necessariamente, um momento em que, sem perceber, seja “tarde demais”, diante da desvalorização de considerações morais.

Tentar prevenir, mediante recursos jurídicos, que se venha a acostumar a uma eugenia liberal, que vai se instalando lenta e discretamente, ou tentar garantir à procriação o que se denomina “naturalidade” seria antes uma expressão de uma resistência apática e antimordenista.

Desconstruir a “tradicionalização” da qual se reveste o ordenamento jurídico constitui aspecto fundamental para a modernização social, para uma adaptação a condições de vida revolucionadas por avanços científicos e técnicos.

É o próprio indivíduo, através do seu filtro, chamado ética, que irá definir se suas próprias preferências se sobreporão aos fundamentos biológicos e naturais da vida, por meio dos embates surgidos da supervalorização da modernidade, perante a supervalorização do conservadorismo moral.

Assim, o que se conclui é que o filósofo alemão, ao lapidar sua concepção de uma natureza humana moral, deixa à margem o fato de que a própria moral depende de criação, ambiente, alternativas comportamentais, educação, e diversos outros conceitos avessos ao espírito da integração dos fenótipos.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

um ativo econômico, estão inseridas no mercado de trabalho, são detentoras de direitos civis, não há indícios de preferência dos genitores por filhos do sexo masculino, e que

Ponderou distinções entre a seleção de sexo, o aborto e o homicídio. Desconstruiu o conceito de que a eugenia liberal importe necessariamente em seleção de um “modelo” genético padronizado, um “novo ariano”.

Ao final, alcançou seu objetivo, ao demonstrar que os intentos legislativos que tentam coibir a liberdade da pesquisa biológica e do desenvolvimento da técnica genética apresentam-se plenamente infrutíferos, na medida em que vão sendo ultrapassados, adaptados e têm sua leitura defasada diante do contexto social; que qualquer tentativa de regulamentação contrária ao comportamento social, no que tange às famílias, estará fatalmente condenada, em algum momento, ao fracasso.

Concluiu que o que verdadeiramente regula o modo em que se dará a utilização das inovações tecnológicas são os conceitos éticos, que funcionam como verdadeiros filtros, de forma a selecionar as técnicas que serão aderidas ou rejeitadas conforme a autocompreensão dos indivíduos.

### **Referências Bibliográficas**

BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum OAB e Concursos. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.263, 12 de janeiro de 1996.

CLOTET, Joaquim e GOLDIM, José Roberto. *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA. Instrução Normativa nº 8, 11 de junho de 1997.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA. Instrução Normativa nº 9, 02 de dezembro de 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957, 06 de janeiro de 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 196, 10 de outubro de 1996.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 303, 06 de julho de 2000.

FROTA-PESSOA, Oswaldo. *Fronteiras do Biopoder*. *Revista Bioética [online]*.V.25, nº 1 (2017). Disponível na internet: < [file:///revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/388/488](file:///revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/388/488) > acesso em 28/06/2017

GHISOLFI, R.da L. *A Proteção Legal do Embrião Humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil*. 04/2002.278 fls. Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Revista Bioética [online]

HECK, José N., *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. Revista da PUCRS [online]. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível na internet: < file:///C:/Users/t0092502/Downloads/1881-6824-2-PB%20(1).pdf > acesso em 21/06/2017.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. *Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças*. *Sociedade e Estado*. Soc. estado. vol.26 no.3 Brasília Sept./Dec. 2011.

#### NOTAS:

---

[1] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.18.

[2] HECK, José N., *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. Revista da PUCRS [on line]. Rio Grande do Sul, 2007

[3] HARRIS, John. *Is Gene Therapy a Form of Eugenics*, in: H. Kuhse e P.Singer (2000, p.167).

[4] HECK, José N., *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. Revista da PUCRS [on line]. Rio Grande do Sul, 2007

[5] DAELE, W. van den. *Die Natürlichkeit des Menschen als Kriterium und Schranke technischer Eingriffe*, in: Wechselwirkung, 2000, p;25.

[6] DAELE, W. van den. *Die Moralisierung der menschlichen Natur und die Naturbezüge in gesellschaftlichen Institutionen*, in: Krit. Vj. Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2 (1987), pp.351-66.

[7] DWORKIN. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 438. "The rhetoric of the European Parliament [...]"

[8] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.55.

[9] SIGMUND, Freud. *Mal-Estar na Civilização*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Imago Ed. 1997, p. 37

[10] CLOTET, Joaquim e GOLDIM, José Roberto. *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.14.

[11] DAHL,E.B., M; BROSING, B., HINSCH, KD., *Preconception sex selection for non-medical reasons: a representative survey from the Germany*. Human Reproduction.,2003, 18(10): p.2231-2234.

[12] DAHL,E.B., M; BROSING, B., HINSCH, KD., *Preconception sex selection for non-medical reasons: a representative survey from the United Kingdom*. Human Reproduction.,2003, 18(10): p.2238-2239.

[13] WONG, S.F. and HO, L.C. *Sex selection in practice among Hong Kong Chinese*. Soc Sci Med, 2001. 53(3): p.393-

[14] SILVA, Reinaldo Pereira. Os Direitos Humanos do Concebido: Análise Biojurídica das Técnicas de Procriação Assistida. In; SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos Humanos como educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p.54-56.

[15] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.43.

[16] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.200.

[17] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.18.

[18] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004., p.75.

[19] DWORKIN. Op. Cit. P.452 "There is nothing itself wrong with the detached ambition to make the lives of future generations of human being longer and more full of talent and hence achievement."

[20] DWORKIN. Op. Cit., p. 466. "Playing God is indeed playing with fire. But that is what we mortals have done since Prometheus [...]. We play with fire and take the consequences, because the alternative is cowardice in the face of the unknown."

[21] GOLDIM, José Roberto. *Bioética*.

[22] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.17

## **A (IM)POSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO DO TÍTULO OU DOCUMENTO DE DÍVIDA PELO TABELIÃO DE PROTESTO**

**GEOVANNY MATSUMOTO DE ALMEIDA SANTOS:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UDF (2014). Possui especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (2021) e em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (2021). Exerceu o cargo público de Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2016 a 2021). Atualmente é Analista Judiciário - Área Judiciária - no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios<sup>89</sup>.

**RESUMO:** O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo estudar a possibilidade da análise da prescrição do título ou outro documento de dívida pelo tabelião de protesto, tendo em vista os limites da atividade de qualificação notarial e o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dado ao tema, notadamente diante dos argumentos contidos nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do entendimento da doutrina especializada. O trabalho abordará os aspectos fundamentais do instituto do protesto e do serviço de protesto, com especial ênfase à atividade do tabelião na qualificação dos títulos, bem como os fundamentos da prescrição e como eles se aplicam ao contexto dos títulos e outros documentos de dívida protestáveis, e ao final, entender-se-á qual é o comportamento do tabelião ao recepcionar o título ou documento de dívida prescrito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Protesto. Qualificação. Prescrição.

**ABSTRACT:** This end-of-course work aims to analyze the possibility of analyzing the statute of limitations of the title or other debt documents by the protest notary, considering the limits of the notary qualification activity and the treatment given by the legislation and court decisions, especially because of the decisions by the Superior Court of Justice and the understanding of specialized doctrine. The work will address the fundamental aspects of the protest like an institute and a service, notably considering the activity by qualification of titles, as well as the foundations of statute of limitations and how they apply in the context of titles and other protestable debt documents, and at the end, understand what the notary's behavior is when receiving the title or document debt with statute of limitations expired.

---

<sup>89</sup> E-mail: geovannymatsumoto@hotmail.com

**KEY WORDS:** Protest. Qualification. Statute of limitations.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. TABELIONATO DE PROTESTO. 2.1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS. 2.2. INSTITUTO DO PROTESTO. 2.3. SERVIÇO DE PROTESTO. 2.3.1. A questão da qualificação dos títulos. 3. PRESCRIÇÃO. 3.1. FUNDAMENTOS. 3.2. PRESCRIÇÃO DOS TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA. 4. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTO. 4.1. PANORAMA INICIAL. 4.2. QUESTÕES INCIDENTES. 4.3. DECISÃO DO STJ NO AGRG NO AGRG NO RESP 1.100.768/SE. 4.4. IMPACTOS DO EXERCÍCIO DESSA QUALIFICAÇÃO NA PRÁTICA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade do Tabelião e do Oficial de Registro destinam-se a garantir a autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos, quando as partes desejarem a intervenção do agente público ou esta for necessária de acordo com disposição legal.<sup>[1]</sup>

Trata-se de atividade pública, delegada pelo Estado a pessoas naturais previamente selecionadas mediante concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 236 da Magna Carta, que a exercerão sob fiscalização do poder judiciário, sendo remunerados mediante emolumentos pautados por tabelas aprovadas pelo poder público, constituindo as serventias delegadas *"um feixe de competências públicas (...) que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações"* (STF, ADI 2.415/SP, 2012, on-line).

Os atributos da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, nas palavras de Marcelo Rodrigues, *"apontam o norte, distinguem os fins e põem em relevo os objetivos de toda a legislação concernente aos Registros Públicos"* (2016, p. 10).

É por meio da atividade notarial e registral, consoante os seus atributos, que se pode constituir, comprovar ou dar publicidade a direitos. Daí a relevância da atividade no contexto de uma sociedade, tendo em vista a influência que possui com a manipulação de direitos, muitas vezes dos mais caros ao exercício da cidadania.

Desse regime jurídico de elevada importância, observada tanto em relação à proteção dada à atividade, quanto em relação às consequências práticas que possam advir das situações jurídicas examinadas pelos Tabeliões e Oficiais de Registro, extrai-se que, como profissional do direito escolhido pelo Estado em seleção pública realizada especialmente para este fim, cabe-lhe examinar com cuidado e atenção o que lhe for submetido à apreciação.



A esta atividade, instrumento destinado à, em última análise, assegurar os atributos dos registros públicos e atividade notarial, dá-se o nome de “qualificação”.

Em apertada síntese, é através da atividade de qualificação que o Tabelião ou o Oficial de Registro analisam, com todo o cuidado necessário e apuro técnico, se determinado título ou requerimento submetido à sua apreciação pelo princípio da rogação, seja ele qual for, tem aptidão para produzir os efeitos que lhe são esperados, cumprindo os requisitos legais e autorizando a prática do ato pleiteado.

Trata-se de um verdadeiro poder-dever do delegatário do serviço, conforme já se pronunciou o STF.<sup>[2]</sup>

No que tange à atividade do Tabelião de Protesto, questão tormentosa é definir quais os limites da atividade de qualificação de títulos, considerando que a atividade notarial e de registros públicos, embora pública, é extrajudicial, encontrando barreira em questões com ressalva de apreciação jurisdicional, bem como nos limites impostos pela lei à sua atuação.

Trata-se de absoluto vespeiro, que desperta debates na doutrina e vem recebendo tratamento diferenciado pela jurisprudência, conforme se verá.

Se é certo que cabe ao tabelião zelar pela produção adequada, normal e esperada, dos efeitos dos atos e negócios jurídicos que lhes são submetidos, também é assegurado por lei o dever de prestar aconselhamento, cabendo ao delegatário orientar as partes quanto a correta produção de efeitos dos atos e negócios no mundo jurídico.

No caso do tabelionato de protesto, é a irregularidade formal do título verificada na qualificação que impede o registro, nos termos do art. 9º, parágrafo único da Lei do Protesto (Lei n. 9.492/1997).

Há, contudo, controvérsia acerca do limite dessa atividade.

O dissenso reside justamente em definir o que se compreende por “irregularidade formal”. No caso específico da análise da prescrição, a Lei do Protesto expressamente veda a análise pelo tabelião acerca de aspectos relacionados à prescrição (e a caducidade) dos títulos ou outros documentos de dívida submetidos a protesto (art. 9º, *caput*).

No entanto, há decisão na Corte Superior que determina ao Tabelião apreciar a sua ocorrência, inclusive de ofício.

Trata-se do julgado, pelo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.100.768, proveniente do Estado do Sergipe, que será objeto do estudo no momento oportuno.

Não obstante, veremos proposições no sentido de ampliar o alcance da expressão “irregularidade formal”, considerando aspectos seculares da atividade e as nuances da atividade e efeitos jurídicos correlatos.

Daí a controvérsia instalada, que será apreciada nas linhas seguintes com minúcias, findas as quais serão lançados os argumentos analíticos acerca do mérito da causa, notadamente considerando o texto legal (e regulamentar, quando for o caso) e da decisão judicial supra referida. Ao final, buscar-se-á resposta à seguinte pergunta: **é possível impor ao tabelião a análise da prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto?**

O tema é de relevância impar para a atividade notarial (desenvolvida especialmente no tabelionato de protesto), pois trata dos limites da qualificação notarial, tema que, como introduzido linhas acima, suscita discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente na seara administrativa. A resposta à esta questão implica em tratar do cerne da própria atividade notarial e registral.

Para tanto, realizar-se-á um estudo das principais variáveis aqui existentes: a atividade do tabelião de protesto, dando especial ênfase à natureza da atividade e ao específico ponto da qualificação notarial; assim como acerca do instituto da prescrição, seus principais aspectos e implicações quando relacionados a títulos e documentos de dívida que possam ser submetidos ao protesto.

No primeiro capítulo, dissecar-se-á, portanto, a atividade do protesto. Serão abordados os aspectos mais relevantes do ato de protesto, como sua natureza jurídica, sua evolução histórica e outras características, e do serviço do protesto, com especial ênfase à qualificação de títulos e outros documentos de dívida.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisada a prescrição, seus fundamentos e, em um específico ponto, a prescrição aplicada aos títulos e outros documentos de dívida.

Por fim, no terceiro e último capítulo será analisada a possibilidade da análise da prescrição, tratando com aprofundamento das decisões judiciais relacionadas ao tema, aspectos doutrinários, bem como do tratamento legal dado pelo legislador e pelas normas das Corregedorias dos Estados, com ênfase aos impactos na atividade, e às consequências práticas da adoção de uma ou outra conclusão.

O método de pesquisa adotado será o hipotético-dedutivo, pois parte-se de uma hipótese sobre o problema dado e busca-se, por meio de análise de dados e referências científicas, determinar a adequação da resposta prevista para o problema abordado.

Quanto aos métodos de procedimento para realizar referida análise, registra-se utilizar, essencialmente, da pesquisa bibliográfica, com a qual se pretende, respectivamente, qualificar as variáveis envolvidas e determinar aspectos históricos ou técnico-jurídicos dos temas abordados.

Em tempos de pandemia e restrição ao acesso de bibliotecas físicas, notadamente de instituições de ensino superior, tribunais e outros órgãos públicos, recorre-se a utilização de livros eletrônicos e físicos que estejam disponíveis.

A despeito de a doutrina acerca de direito notarial e registral não ser tão variada como em outros ramos do direito, busca-se, através da pesquisa em livros de doutrinadores mais consagrados e estudos mais recentes, a informação mais nova e embasada possível para tratar dos assuntos. Não há perda de qualidade, ante a certificação, por meio do uso de diversas fontes, complementares umas às outras, de que a informação é atualizada e consentânea com o escopo do trabalho, que é analisar a controvérsia atual sobre o tema e as suas imbricações.

Registre-se, ainda, que quanto aos temas abordados procurou-se pesquisar qual o entendimento que vem sendo praticado nos Estados e Distrito Federal, todos eles, através da pesquisa nas normas gerais aprovadas pelas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça, a depender do Estado, chamadas de Código de Normas, Provimento-Geral, Consolidação Normativa Notarial e Registral, Normas de Serviço, Diretrizes Gerais Extrajudiciais ou até mesmo Manual de Atividades ou Manual de Normas.

Outrossim, buscou-se analisar também o entendimento contido na jurisprudência notarial e registral, notadamente do Estado de São Paulo, cuja abordagem é sensivelmente avançada em termos de jurisprudência administrativa da atividade, pois se trata de Estado pioneiro na elaboração de normas e mecanismos de resolução de controvérsias direcionados ao extrajudicial.

## **2. TABELIONATO DE PROTESTO**

Para melhor compreensão das regras que envolvem a atividade relativa ao Tabelião (ou tabelionato) de protesto de títulos e outros documentos de dívida, impõe-se analisar, em primeiro lugar, o estatuto jurídico dos titulares dos serviços de notas e registros públicos.

Em sequência, cabe fazer prévia incursão nas origens do tabelionato de protesto, passando à análise da atividade específica do tabelião de protesto, dando ênfase, nesse específico ponto, a atividade de qualificação, coração da atividade tabelioa.

## 2.1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS

O direito notarial pode ser definido, na visão de Luiz Guilherme Loureiro, como o *“conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que, a título privado, exerce uma função pública por delegação do Estado”* (2017, p. 41).

O notário, ou tabelião, é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegada a atribuição de velar pela segurança, validade, eficácia e publicidade dos atos e negócios jurídicos, em razão do disposto nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.935/1994.

A Lei n. 8.935/1994, primeira lei nacional a dispor, de forma específica, da atividade do Tabelião, ou Notário, e Oficial de Registro, ou Registrador, atribui aos primeiros a competência para formalizar juridicamente a vontade das partes, e para intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes queiram ou devam dar forma legal ou autenticidade (art. 6º).

A fé pública desses profissionais decorre da delegação do Estado, implicando na veracidade, autenticidade e legitimidade dos atos praticados. O art. 236 da Constituição Federal expressamente dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, o que garante natureza pública aos atos praticados pelos particulares delegatários desse serviço público.

Notários e Registradores, consoante defende Aflaton Castanheira Maluf (2018, p. 14), compreendem carreiras seculares no país, e milenares em muitos países e civilizações estrangeiras, o que ilustra a sua importância para o desenvolvimento da sociedade.

Conforme Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues (2018, p. 27-29), os notários apresentam-se basicamente de duas formas no mundo. Há o notariado anglo saxão, praticado em países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e alguns países da África, e o notariado latino, esse último o sistema adotado no Brasil. O notariado praticado no Brasil tem, portanto, raízes no Direito Romano, apresentando-se, como já indicado acima, como profissional qualificado, com função pública delegada pelo Estado, sendo que sua atividade sofre fiscalização constante por parte do Poder Judiciário, através do controle administrativo, que se dá por meio de correições.

O regime jurídico aplicado ao notário é peculiar, de modo que Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 54) dispõe tratar-se de *tertium genus*, uma vez que se posicionam entre

o jurista estatal (magistrados) e o jurista privado (advogados), não podendo ser enquadrados os delegatários do extrajudicial como funcionários públicos *strictu sensu*, tampouco como profissionais liberais do direito.

Essa posição é compartilhada por Luís Paulo Aliende Ribeiro, para quem:

Os notários e registradores, embora exercentes de função pública, não são funcionários públicos, nem ocupam cargos públicos efetivos, tampouco se confundem com os servidores e funcionários públicos integrantes da estrutura administrativa estatal, por desempenharem função que somente se justifica a partir da presença do Estado – o que afasta a ideia de atividade exclusivamente privada –, inserem-se na ampla categoria de agentes públicos, nos termos acolhidos de forma pacífica pela doutrina brasileira de direito administrativo (RIBEIRO, 2009, p. 54).

Os administrativistas, como Dirley da Cunha Junior (2015, p. 254-255), Fernanda Marinela (2018, n.p.) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, n.p.), apenas para citar alguns deles, alçam os notários e registradores a categoria de particulares em colaboração com a Administração Pública.

Essa qualificação, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, influi certamente no regime de responsabilidade civil. Segundo o autor:

Quanto aos ofícios de notas (tabelionatos) e de registro, existem algumas particularidades e controvérsias sobre a matéria, e a razão consiste no fato de que, apesar de os titulares serem agentes do Estado, desempenham sua atividade por delegação, em caráter privado (art. 236, § 1º, da CF), numa aparente *contradictio*. No caso, podem vislumbrar-se duas relações jurídicas, uma *interna* e outra *externa*. Com relação à *interna*, os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis pelos prejuízos causados a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos designados ou escreventes autorizados, assegurado o direito de regresso (art. 22 da Lei n. 8.935/1994, com a redação da Lei n. 13.286, de 10.5.2016). Quanto à *externa*, a conduta de tais agentes provoca a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF), que, inclusive, pode ser acionado diretamente, assegurando-se-lhe, porém, o direito de regresso (STF, RE n. 175.739, j. 26.10.1998 e RE 187.753, j. 26.3.1999). No caso, a responsabilidade do Estado é direta, primária e objetiva, incidindo o art. 37, § 6º, em toda a sua plenitude (STF, RE

842.846, j. 27.2.2019). Todavia, já se decidiu no sentido da responsabilidade subsidiária do Estado, com fundamento no regime das concessões – argumento, com a devida vênia, improcedente pela inteira diversidade dos regimes jurídicos (STJ, REsp 1.087.862, j. 2.2.2010) (CARVALHO FILHO, 2020, n.p.).

De acordo com Aflaton Castanheira Maluf (2018, p. 27), os tabeliães e registradores são agentes públicos *sui generis*.

Destaca o autor que esses profissionais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, não são obrigados a cumprir estágio probatório, não são remunerados pelos cofres públicos e com subsídios fixos, e geram receitas ao invés de despesas, via repasses tributários federais, estaduais e municipais (MALUF, 2018, p. 27).

De fato, o regime jurídico do tabelião, mesmo na condição de particular, impõe-lhe certas obrigações, dentre as quais a de fiscalizar o recolhimento de tributos devidos pelos atos que praticar (art. 30, XI da Lei n. 8.935/1994), bem como atuar cumprindo obrigações perante o fisco de informar acerca de operações que envolvam imóveis, operações suspeitas por lavagem de dinheiro, etc.

Assim, arremata o autor, esses agentes são submetidos ao regime constitucional geral, aplicável a todos os agentes públicos, no exercício de quaisquer atividades empreendidas pela Administração Pública (MALUF, 2018, p. 27). Ilustram as ideias do autor disposições nesse sentido em outras constituições na América Latina, países pertencentes, assim como o Brasil, ao sistema de notariado latino (*civil law*).

Nos termos da Constituição Colombiana de 1991:

Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notários y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010, p. 536).

Por sua vez, conforme a Constituição Equatoriana de 2008:

Artículo 199. Los servicios notariales son públicos. Em cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notários que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las

notarias y notários, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuários, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010, p. 723).

Em verdade, a delegação prevista no art. 236 da Constituição Federal é administrativa, mas possui atributos específicos. Walter Ceneviva (2010, n.p.) destaca que a delegação pelo Estado é permanente desde a outorga, que se dá mediante concurso público de provas e títulos, extensiva a todos os atos integrados à função e ao objeto desta, imposta ao próprio delegante, e descontínuável, por suspensão do titular, nos casos disciplinares e na forma da lei.

Da atividade notarial e registral podem advir, como destaca Martha El Debs (2020, p. 22), efeitos constitutivos, comprobatórios e publicitários.

Segundo a autora, os efeitos constitutivos se manifestam, por exemplo, no efeito de aquisição de uma propriedade imóvel ou na emancipação; efeitos comprobatórios, por sua vez, indicam que o registro prova a existência e a veracidade do ato, tal como ocorre nos registros meramente declaratórios, de nascimento e de óbito da pessoa natural; por fim, os efeitos publicitários implicam que o ato submetido a registro passa a ser acessível a todos, presumindo-se conhecido por qualquer pessoa, que poderá a qualquer tempo requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou funcionário o motivo do interesse do pedido.

São reservados aos tabeliães o dever de resguardar a segurança jurídica. Segundo Luiz Guilherme Loureiro:

A ideia de segurança jurídica implica em valores como estabilidade e certeza das regras que regem as relações intersubjetivas, conhecimento das normas jurídicas e proteção contra abusos da parte mais forte. Para que possa desempenhar suas atividades e estabelecer relações jurídicas, a pessoa precisa ter conhecimento das regras jurídicas vigentes e obter uma certa garantia de que seus atos e negócios são seguros e eficazes e, portanto, serão cumpridos e respeitados como normas de direito (LOUREIRO, 2017, p. 51).

Cumprido destacar, por fim, que os dados levantados no estudo “Cartório em Números”, publicado pela ANOREG/BR no último ano, apontam que o país possuía, à época do levantamento, 13.267 cartórios distribuídos pelos 5.570 municípios brasileiros (ANOREG/BR, 2020).

Tais dados reforçam a capilaridade do sistema de serviços notariais e de registro, distribuídos para os mais longínquos cantões do extenso território brasileiro, implicando em importante instrumento para exercício de direitos por parte do cidadão, ainda considerando que destes, cerca de três mil cartórios desempenham função de tabelionato de protesto.

## 2.2. INSTITUTO DO PROTESTO

A primeira regulamentação do protesto no Brasil foi o Código Comercial de 1850, que estipulou, no seu art. 405, ser de competência do escrivão privativo o protesto das letras de câmbio e não havendo, perante qualquer tabelião do lugar, ou escrivão com fé pública.

Esse dispositivo teve vigência até sua revogação pelo Decreto do Poder Legislativo n. 2.044/1908, que dispôs sobre a letra de câmbio e a nota promissória e regulou, entre os artigos 28 e 33, aspectos do protesto, inclusive indicando os dados necessários do registro (art. 29) e a necessidade de intimação do devedor (art. 30).

Atualmente o protesto é regulado pela Lei n. 9.492/1997, e como ato jurídico possui definição legal no art. 1º da Lei de Protesto, que dispõe o seguinte, *verbis*:

Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

De acordo com a doutrina, o protesto nasceu atrelado à letra de câmbio. Luiz Emygdio Rosa Junior (2006, p. 383) afirma datar de 1384, na cidade de Gênova, na Itália, a origem dos primeiros protestos.

José Saraiva (1947, p. 135), por outro lado, aponta que o primeiro protesto cambiário conhecido é de 1335.

Segundo Luiz Emygdio Rosa Junior, buscando inspiração na doutrina de João Eunápio Borges (1977, p. 114-115), diante da falta de pagamento do sacado, devia o apresentante da letra promover o chamado *protestatio*, ato especial e solene a ser realizado, em curso prazo, perante o notário e testemunhas. Com base na *protestatio*, o portador agia regressivamente contra o sacador, podendo fazer uso do *recambium* (ressaque) (ROSA JUNIOR, 2006, p. 383).



Reinaldo Velloso dos Santos (2012, p. 23), todavia, sustenta que o protesto é anterior à letra de câmbio, havendo precedentes que o ligam ao período *justinianeus*, relativo ao imperador romano Justiniano do Oriente, no início da Idade Média (Séculos V a XV).

Seja como for, não é controverso que o protesto é um instituto que muito bem serviu à letra de câmbio em seus primórdios.

Em outro relato histórico, Vicente Amadei menciona que, embora na origem o protesto estivesse atrelado à falta de aceite na letra de câmbio, logo passou a ser utilizado na falta de pagamento (AMADEI; DIP, 2004, p. 73).

De fato, o uso do instituto foi dinamizado ao longo dos tempos. Nascido para suprir a falta de aceite na letra de câmbio, passou a servir também para certificar o descumprimento da obrigação cambiária, bem como passou a ser aplicado aos outros títulos de crédito, não se limitando mais à letra de câmbio.

Conforme ensina Martha El Debs:

O protesto chega, nos dias de hoje como um remédio ao inadimplemento, para sanear os conflitos de crédito presentes e prevenir negócios futuros. É um meio simples, célere e eficaz, de satisfação de títulos e documentos de dívida, que não foram honrados em seu vencimento (EL DEBS, 2020, p. 1.434).

Dadas essas considerações, a doutrina critica a falta de correspondência entre o conceito legal (art. 1º da Lei de Protesto) e aquele que efetivamente representa atualmente o instituto do protesto.

Um primeiro ponto de questionamento é o fato de que o conceito, embora avance bastante na previsão de protesto de outros documentos de dívida, deixa de fora o protesto da letra de câmbio por falta de aceite.

Sérgio Luiz José Bueno (2017, p. 29) expressa que não é correto afirmar que o protesto testifica o descumprimento de obrigação materializada em título, tão somente, pois serviu, e ainda pode servir, para o caso da falta de aceite na letra de câmbio. Lança o autor, então, sugestão de definir o protesto como "*ato formal e solene pelo qual se prova circunstância cambiária relevante e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.*"

Em última análise, a definição legal não poderia sequer ser tomada como conceito, cuja característica é a definição universal do instituto, prejudicada com a falta. Isso é,

inclusive, o motivo pelo qual muito se critica a previsão de conceitos na legislação, considerando que a tarefa deveria ficar reservada para os estudiosos (doutrina).

Raquel Duarte Garcia, por sua vez, traz conceito que se mostra bastante abrangente para os contornos atuais do protesto. Segundo a tabeliã, o protesto é:

Um ato jurídico público, formal e solene, por meio do qual se prova de modo absoluto a apresentação de um documento de dívida para aceite ou para pagamento; faz-se prova, de modo relativo, do inadimplemento de obrigação decorrente desse documento de dívida (seja pagamento, aceite ou devolução); e por meio do qual se obtém finalidades especiais previstas na lei, tal como a presunção de insolvência decorrente do protesto para fins falimentares ou a formação de um título executivo, como no caso dos contratos de câmbio. O protesto é, ainda, instrumento de informação relativa ao crédito e de prevenção e solução de litígios que envolvam obrigações líquidas, certas, exigíveis e representáveis pecuniariamente (GARCIA, 2013, p. 48).

Veja-se que o conceito acima apresentado menciona até mesmo a função mais atual do protesto.

Não se ignora que a função do protesto é tradicionalmente probatória.

Pontes de Miranda (2000, v. I, p. 499) já enfatizou em sua obra o caráter probatório do instituto. Rubens Requião (2012, v. II, n.p.), citando o jurista italiano Mario Battaglini, explica o protesto como um ato solene, pelo qual se certifica, de um lado, o exercício do direito cambiário de portador ou detentor do título, ou de qualquer outro interessado e, de outro lado, o inadimplemento ou resposta negativa do obrigado cambiário.

Atualmente, contudo, não há como negar que o protesto assume feições nitidamente econômicas, pois serve como instrumento importante para a recuperação de créditos.

Essa mudança decorre indubitavelmente da maior publicidade que o protesto possui atualmente, com o advento de soluções informatizadas e divulgações de informações pela internet.

Para parametrizar essas informações, dados estatísticos divulgados pela CENPROT – Central de Protesto, criada pelo Provimento CGSP n. 38/2013 – dão conta que, desde que criada até outubro de 2018, somente no Estado de São Paulo, já foram realizadas quase cento e noventa milhões de consultas de protestos por CPF/CNPJ (ANOREG/BR, 2020).

Essa nova função do protesto é consentânea com a necessidade de que se reconheça o tabelionato de protesto como forma segura e rápida para prevenção de litígios, em um movimento de desjudicialização e de modo que o protesto (Por que não?) seja inserido dentro do espírito da sistemática de justiça multiportas.

De acordo com esse sistema, conforme Marcio André Lopes Cavalcante, a atividade jurisdicional estatal não é a única e nem a principal opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. Assim, para cada tipo de litígio existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é apenas mais uma dessas opções. Logo, a conciliação, a mediação e a arbitragem integram, em conjunto com a jurisdição, esse sistema "multiportas" (CAVALCANTE, 2019).

Alguns doutrinadores, de posição conservadora, criticam essa mudança de parâmetro. Para Luiz Emygdio Rosa Junior, por exemplo, "*o protesto não é meio de cobrança nem meio de coação, como utilizado na prática por alguns credores, principalmente instituições financeiras, para que o devedor sinta os reflexos do descrédito*" (2006, p. 386).

Não há, contudo, como ignorar essa realidade. Em posição mais moderna, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza leciona que:

Exerce o protesto função probatória quanto ao inadimplemento do devedor. Contudo, e evidentemente, ao se utilizarem dos serviços de protesto, não objetivam os credores a lavratura e o registro do protesto, a provar o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. O escopo dos credores é a solução do conflito de interesses, com o recebimento do que lhes é devido. [...] como se vê, os serviços de protesto, prestados no interesse público, podem e devem ser utilizados como meio para solução extrajudicial dos conflitos de interesses decorrentes das relações jurídicas que envolvem débito e crédito (SOUZA, 2011, p. 184-185).

Luiz Ricardo Silva, ainda no início do século, já reconhecia a função econômica do protesto, em um tempo em que a internet ainda não era tão difundida como agora. De acordo com ele:

Esta é, em nossa opinião, a nova visão que se deve ter do instituto do protesto. Ato probatório? Sem dúvida, principalmente quando se fala de títulos de crédito. Ato coativo? Com certeza, mas a coação aqui não deve ser vista como um acontecimento maléfico, prejudicial a

alguém. A coação, neste caso, tem um aspecto funcional, isto é, ao mesmo tempo que busca solucionar uma pendência, permite que o Poder Judiciário se libere para julgar, com mais preparo e de forma mais rápida, outras lides que realmente merecem a sua atenção e que muitas vezes são prejudicadas pela quantidade exacerbada de ações que superlotam este poder (SILVA, 2004, p. 117).

No julgamento do REsp n. 1.126.515/PR, o STJ reconheceu esse escopo do protesto, ao reconhecer ao protesto a função de modalidade alternativa para cobrança de dívida, quando analisou a possibilidade do protesto de certidão de dívida ativa (STJ, REsp n. 1.126.515/PR, 2013, on-line).

Os números corroboram essa conclusão. Dados divulgados pelo IEPTB dentro do estudo "Cartório em Números", divulgado pela ANOREG/BR em 2020 dão conta que, entre abril de 2016 e março de 2017, quase dois bilhões de reais em créditos decorrentes de títulos públicos foram recuperados através dos cartórios de protesto, o que representou cerca de um terço dos créditos inadimplidos enviados ao protesto naquele mesmo período (ANOREG/BR, 2020).

No que tange aos títulos privados, o mesmo levantamento apontou que mais de dezoito bilhões de reais foram recuperados entre abril de 2017 e março de 2018, o que representou mais de dois terços dos créditos inadimplidos submetidos ao serviço no período, que recebeu durante esse tempo mais de quinze milhões de títulos, totalizando mais de vinte e oito bilhões de reais em créditos protestados (ANOREG/BR, 2020).

Assim, não há como ignorar que o protesto vem tendo suas feições remodeladas ao longo do tempo, a fim de adequar o instituto a uma necessidade social, até porque, se ocorresse o contrário, o protesto perderia relevância.

O protesto abrange os títulos e outros documentos de dívida.

Quanto aos títulos, a lei refere-se aos chamados títulos de crédito, "*documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele estampado*" (VIVANTE, 2012, v. III, p. 63), conceito compatível com o disposto no art. 887 do Código Civil.

São os títulos cambiais e cambiariformes, tais como letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque, *warrant*, cédulas e notas de crédito, entre outros previstos em lei ou eventualmente criados pela legislação.

Quanto aos outros documentos de dívida, a abrangência dada pela Lei de Protesto à definição de documentos protestáveis permite concluir que, de forma muito abrangente, documentos de dívida são quaisquer títulos que contenham expressão de uma dívida líquida, certa e exigível (ABRÃO, 2011, p. 14).

Essa é a posição que tem prevalecido, por exemplo, nas Normas de Serviço do Estado de São Paulo (itens 20 e 22 do Capítulo XV), e do Estado do Mato Grosso (art. 487).

Em outros Estados, é possível encontrar conceitos que variam um pouco. No Distrito Federal, por exemplo, consideram-se títulos e outros documentos de dívida os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, e os documentos representativos de obrigação em pecúnia (art. 83), conceito este parcialmente repetido nas normas do Espírito Santo (art. 735) e do Paraná (art. 744, § 4º).

Já em Alagoas (art. 1º do Título VII), no Amazonas (art. 194), no Ceará (art. 259), no Piauí (art. 291), no Rio de Janeiro (art. 975) e no Rio Grande do Sul (art. 714), qualquer documento representativo de obrigação econômica pode ser levado a protesto.

Lado outro, no Maranhão, não há menção há necessidade de a obrigação ser "econômica", sendo admitido a protesto qualquer documento representativo de obrigação (art. 708).

No Pernambuco (arts. 494 e 495), já são admitidos a protesto qualquer dos títulos executivos extrajudiciais previstos no art. 784 do CPC, bem como qualquer documento representativo de dívida, desde que dotado dos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Na doutrina, Emanuel Macabu Moraes, por exemplo, defende que consoante uma interpretação sistemática e teleológica da legislação "*só será possível protestar documentos de dívida que configurem título executivo judicial ou extrajudicial*" (2004, p. 35).

Martha El Debs, por sua vez, define documento de dívida como "*qualquer documento representativo de obrigação com conteúdo econômico, ou seja, de cunho pecuniário*" (2020, p. 23).

Essa diretriz geral define, em regra, quais os títulos já admitidos pra protesto, embora nem sempre se concorde com suas conclusões.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já se manifestou contrariamente a possibilidade do protesto do contrato de locação de bens imóveis, ao argumento de sua iliquidez (STJ, RMS 17.400/SP, 2011, on-line).

Não obstante, é expressa a possibilidade do protesto desses contratos nas normas da Corregedoria de Justiça do Estado do Mato Grosso, inclusive em relação aos encargos acessórios (como contas de telefone, água e energia elétrica), conforme previsto no art. 488, §§ 1º e 2º do Código de Normas local.

Por outro lado, vem sendo admitido o protesto de encargos condominiais inadimplidos (SANTOS, 2011, p. 187). Seguramente, deve ser resguardada a observância dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, tal como exigido nas normas do extrajudicial vigentes dos Estados do Amazonas (art. 195), da Bahia (art. 326, § 8º), do Mato Grosso (art. 488, § 3º), do Paraná (art. 744, § 3º), do Rio de Janeiro (art. 976, § 11) e de São Paulo (item 20.7 do Capítulo XV).

Quanto à autoria do protesto, a orientação da doutrina é, em geral, de imputá-la à parte, cabendo ao tabelião sua formalização, tão somente.

Essa é a posição de Fabio Ulhôa Coelho, para quem "*o protesto deve-se definir como ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais*" (COELHO, 2019, v. I, n.p.).

Também de acordo com José Renato Nalini:

Encontrando-se o título formalmente regular, não pode o Escrivão se recusar ao protesto. Mesmo porque, não é ele quem protesta. Apenas viabiliza a instrumentalização do protesto do credor, que afirma haver procurado receber a importância consubstanciada na cártula e o não conseguiu (NALINI, 1986, n.p.).

Há vozes dissonantes na doutrina. Marcelo Fortes Barbosa Filho (1997) e Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior (2011, p. 385), apenas para citar alguns deles, consideram o protesto um ato do tabelião. Levam em consideração, entre outros argumentos bastante robustos, que se o protesto fosse ato da parte interessada bastaria a apresentação para já existir o protesto.

Tem prevalecido, entretanto uma posição mais conciliadora entre as duas correntes, no intuito de tratar o protesto como um ato da parte e do Tabelião de Protesto.

Nesse sentido, Sérgio Luiz José Bueno anota que:

Podemos concluir que o protesto é, a um só tempo, ato da parte e do Tabelião de Protesto, sem que a autoria de um exclua a do outro, pois são consideradas as faces distintas da figura em exame, sendo perfeitamente possível conciliar essas posições que apenas aparentemente se antagonizam, mas na verdade se complementam (BUENO, 2017, p. 56).

Nesse mesmo sentido, Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) indica ser o apresentante o "senhor do protesto", sendo, portanto, de sua responsabilidade o conteúdo

deste ato, ressalvando ao tabelião a verificação de questões simplesmente de cunho formal.

O STJ, no REsp 1.398.356/MG, adotou posição compatível com a apresentada pelo doutrinador, ao indicar que o protesto não pode ser tido como ato do particular, mas do delegatário do serviço de protesto.

Com efeito, a doutrina bem anota que o protesto não é ato do particular, mas do delegatário do serviço público, devendo ser respeitado o procedimento legal. O particular apenas solicita, podendo o tabelião, depois de analisar os requisitos formais, negar-se a proceder à lavratura, caso encontre vício que justifique a negativa. (STJ, REsp n. 1.398.356/MG, 2016, on-line).

A análise deste ponto específico tem consequência práticas importantes, essencialmente ligados a imputação da responsabilidade pelo protesto, notadamente em relação ao ponto central desse estudo, relacionado à análise de prescrição.

Há diversas classificações para o protesto.

Quanto ao motivo, o protesto pode se dar por falta de pagamento – quando não foi feito o pagamento da dívida no vencimento –, por falta de aceite – quando o devedor recusa o aceite na letra de câmbio e na duplicata –, por falta de devolução – quando o título ou documento é enviado ao sacado para aceite, mas este não o restitui no prazo legal – e por falta de data de aceite – caso da letra de câmbio que é aceita, mas sem data de vencimento prevista, para determinar essa data.

Quando ao tipo, o protesto pode ser comum, quando objetiva provar o descumprimento de uma obrigação ou outra circunstância cambiária relevante, ou especial, quando lavrado para fins falimentares, nos termos do art. 23, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997.

### **2.3. SERVIÇO DE PROTESTO**

Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.492/1997, compete privativamente ao Tabelião de Protesto protocolar, intimar, acolher a devolução ou o aceite e receber o pagamento, bem como lavar e registrar o protesto, acatar a desistência do credor, praticar averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

A sistemática contida na lei permite a delegação dessas atividades para escreventes autorizados, que poderão, dentre outros, registrar o protesto (art. 22, VIII da Lei n.

9.492/1997), cancelar o registro (art. 26, § 5º da Lei n. 9.492/1997) ou abrir livros (art. 33 da Lei n. 9.492/1997).

Ressalve-se, todavia, que os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem os substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso em desfavor deles (art. 38 da Lei n. 9.492/1997). Assim, a delegação não exclui a responsabilidade do Tabelião, como chefe do serviço, de responder pela sua regularidade.

O serviço de protesto tem, de acordo com a Lei de Protesto, dois livros obrigatórios, o Livro Protocolo e o Livro de Registro de Protesto (arts. 32 e 33 da Lei n. 9.492/1997). Há, ainda, outros livros obrigatórios previstos no Provimento CNJ n. 45/2015, comuns em relação a outras serventias, tais como o Livro Diário Auxiliar, Livro de Visitas e Correições e o Livro de Controle de Depósito Prévio.

Outros livros podem estar previstos nas normas Estaduais como obrigatórios ou até mesmo facultativos.

No que tange especificamente aos livros específicos previstos na Lei de Protesto, o Livro Protocolo é aquele onde consta o assento dos títulos e outros documentos de dívida protocolados no serviço de protesto. Nele são anotados o número do protocolo, a data da protocolização, a natureza do título ou outro documento de dívida, o valor da dívida, o nome do apresentante, o nome do devedor, e o registro de ocorrências – este último onde constará, conforme o caso, o destino do título protocolado, que pode ter sido pago, retirado por desistência, sustado, cancelado por decisão judicial, simplesmente protestado, ou devolvido por vício formal.

Servem basicamente para registrar o ingresso dos títulos e outros documentos de dívida na serventia. Cada uma dessas informações fica separada por colunas, organizadas em cada folha solta do livro, com escrituração diária, e tem ocorrido na prática de forma eletrônica, considerando a existência de *softwares* eficientes em uso nos tabelionatos de protesto para realização desse tipo de escrituração.

Lado outro, o livro de registro de protesto contém o assento do protesto lavrado em si, com todos os seus requisitos legais.

A Lei de Protesto ainda prevê a manutenção de arquivos, em conformidade com o art. 35 da Lei n. 9.492/1997, sendo eles: de intimações; de editais; de documentos apresentados para a averbação no registro de protestos e ordens de cancelamentos; de mandados e ofícios judiciais; de solicitações de retirada de documentos pelo apresentante; de comprovantes de entrega de pagamentos aos credores; e de comprovantes de devolução de documentos de dívida irregulares.



Ressalva-se que a legislação Estadual pode prever outra sistemática para o armazenamento de arquivos.

O procedimento do protesto é simples. A primeira etapa é a apresentação do título, que ocorre quando o apresentante, que não necessariamente deve ser o credor, se dirige ao Tabelião de Protesto de posse do título ou documento de dívida para requerer o protesto.

Veja-se que o procedimento do protesto é regido pelo princípio da rogação, também denominado instância, que veda ao tabelião agir de ofício no procedimento. Assim, apenas com a apresentação do título ou outro documento de dívida feita pelo interessado é que o tabelião pode dar início ao procedimento, e assim ocorre quando do cancelamento e da emissão de certidões, que também dependem de requerimento.

Anote-se que o princípio da rogação tem dupla aptidão, pois além de só permitir ao tabelião agir mediante provocação do interessado, também lhe veda deixar de agir quando provocado.

Assim, o tabelião não poderá negar-se a praticar os atos próprios da função pública que lhe foi confiada, ressalvado, obviamente, algum impedimento legal, ou quando qualificar negativamente o título, lançando recusa expressa por escrito e motivadamente. Nesse sentido o item 3 do Capítulo XV das Normas de Serviço do Estado de São Paulo.

A própria lei, entretanto, aponta exceções ao princípio da rogação. O art. 25 da Lei n. 9.492/1997, por exemplo, permite ao Tabelião agir de ofício para retificar erro material, por intermédio de averbação de retificação.

Apresentado o título, inicia-se o curso do prazo de três dias úteis para que o devedor efetue o pagamento (art. 12 da Lei n. 9.492/1997). Veja-se que, de acordo com a Lei de Protesto, esse prazo se inicia de imediato, independentemente da conclusão da qualificação do título e da realização da intimação, e exclui o dia do começo e inclui o do vencimento.

A ressalva ocorre apenas quando a intimação for efetivada no último dia do tríduo legal ou além dele, quando, excepcionalmente, o protesto será tirado apenas no primeiro dia útil subsequente (art. 13 da Lei n. 9.492/1997).

Chama-se a atenção, contudo, para disposições em sentido contrário em normas estaduais.

Algumas Corregedorias de Justiça estipularam, em suas normas de orientação do serviço extrajudicial, que o prazo de três dias úteis para pagamento conta-se apenas da intimação do devedor ou da publicação da intimação por edital.

É o caso das normas vigentes em Alagoas (art. 41, I do Título VII), no Amazonas (art. 230, I), no Ceará (art. 296, I), no Distrito Federal (art. 101), no Maranhão (art. 739, I), no Mato Grosso do Sul (art. 1.778), em Minas Gerais (art. 341, I), no Pará (art. 410), na Paraíba (art. 450, I), no Pernambuco (art. 523, I), no Rio Grande do Norte (art. 627), no Rio Grande do Sul (art. 741, I), e em Santa Catarina (art. 885).

Outras normas, entretanto, seguem a lei nacional, tal como ocorre na Bahia (art. 367, I), no Espírito Santo (art. 772), no Goiás (art. 102, § 7º), no Mato Grosso (art. 526), no Piauí (art. 297), no Paraná (art. 779), em Rondônia (art. 272), em Roraima (art. 399), no Sergipe (art. 220) e em São Paulo (item 43 do Capítulo XV).

A tendência é ultrapassar-se o que está previsto literalmente na Lei de Protesto, para considerar a contagem do prazo a partir da intimação, tal como previsto na maior parte das normas estaduais, por ser mais consentâneo com a boa-fé e a necessidade de se notificar o devedor antes de abrir qualquer prazo em seu desfavor.

Martha El Debs, para quem a decisão parece ser acertada, enumera diversas vantagens na consideração do termo inicial do tríduo como sendo a data da intimação do devedor. Segundo ela:

O tabelião teria mais tempo hábil para uma qualificação mais minuciosa; a possibilidade de pagamento é maior, além de assegurar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, que assegura a igualdade, de forma que todos os intimados terão os mesmos três dias para elaborar sua defesa, negociar a dívida ou efetuar o pagamento (EL DEBS, 2020, p. 1563).

Veja-se, por exemplo, que a norma do Estado do Rio de Janeiro, a despeito de inicialmente prever contagem de prazo de forma semelhante à Lei de Protesto, sofreu alteração em 2017, por força do Provimento CGRJ n. 06, para que o tríduo legal passasse a ser contado da intimação do devedor, em consonância com a maior parte das normas estaduais acima relacionadas (art. 987, I).

Em localidades onde exista mais de uma serventia de protesto, os títulos estarão sujeitos a prévia distribuição, cuja atividade será organizada pelos próprios tabelionatos, ou por Ofício de Distribuição caso já existente (art. 7º da Lei n. 9.492/1997).

A apresentação dos títulos e outros documentos de dívida, tratando-se de protesto por falta de pagamento, deve ocorrer, em regra, no lugar do pagamento.

Há de se observar a norma regulamentar estadual, que pode designar lugar diverso, ou dispor sobre casos especiais, ou ainda estipular regra específica para o caso de protesto especial (falimentar). Conforme Sérgio Luiz José Bueno, *“deve a apresentação a protesto se dar no lugar designado para tanto no título ou no documento, na lei, ou nas normas regulamentares”* (2017, p. 189).

No Estado do Acre, por exemplo, a apresentação deve ocorrer no lugar do pagamento declarado no documento, ou na falta de indicação correspondente, do domicílio civil de qualquer dos devedores principais respectivos (art. 422). Disposição semelhante pode ser encontrada nas normas de serviço do Pará (art. 400) e do Rio de Janeiro (art. 976).

Para os casos em que o título ou documento não expresse o lugar do pagamento, o mesmo autor propõe critérios para definição de qual o tabelionato de protesto competente para a sua realização, quais sejam: o critério legal, por meio do qual a lei específica do título ou do documento de dívida indica o lugar do pagamento; o critério legal subsidiário, quando a própria lei define uma solução caso o título não tenha praça para pagamento; e o critério normativo subsidiário, quando a solução está proposta no Código de Normas local (BUENO, 2017, p. 189).

Com base nessa proposta, seria possível imputar que, para a letra de câmbio, o Tabelião competente é o da praça de pagamento contido na cártula (art. 28 do Decreto do Poder Legislativo n. 2.044/1908). Caso a letra não tenha indicação da praça, prevalece o lugar designado ao lado do nome do sacado – critério legal subsidiário (art. 2º do Decreto n. 57.663/1966).

Feita a apresentação, e não sendo o caso de distribuição do título, ou sendo ele proveniente da distribuição, o Tabelião promove a protocolização do título ou documento de dívida no Livro de Protocolo, no prazo de vinte e quatro horas, e emite imediatamente o recibo ao apresentante, nos termos do art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.492/1997.

Feita a qualificação do título (cujos detalhes serão tratados na sequência), não havendo qualquer óbice ao protesto, o Tabelião expede a intimação do devedor.

A intimação será expedida para o endereço fornecido pelo apresentante, restando cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço (art. 14 da Lei n. 9.492/1997).

Veja-se que a lei não exige a intimação pessoal, bastando que seja entregue no endereço do devedor, a quem quer que ali se encontre e se disponha a recebê-la (BUENO, 2017, p. 215).

Nesse mesmo sentido, Vicente Amadei defende a desnecessidade da entrega pessoal ao devedor, bastando que a intimação seja entregue no seu endereço, podendo ser recebida por qualquer pessoa da residência (AMADEI; DIP, 2004, p. 112).

O endereço a ser indicado na intimação é aquele fornecido pelo próprio apresentante, consoante o art. 14 da Lei n. 9.492/1997. A prudência, contudo, recomenda que, caso o Tabelião de qualquer forma obtenha outro possível endereço do devedor, realize a intimação também nesse endereço antes de promover a intimação por edital.

Isto porque, consoante a disciplina prevista no Código de Processo Civil, o edital só é utilizado quando incerto ou desconhecido o endereço do devedor (arts. 256, inciso II e 258, ambos do CPC). *Mutatis mutandis*, no procedimento do protesto, o edital é realizado nessas hipóteses (localização incerta ou ignorada do devedor, ou este for pessoa desconhecida), e também quando ninguém no endereço indicado se disponha a receber a intimação, ou ainda quando o devedor seja residente ou domiciliado fora da competência territorial do Tabelião.

Sobre esta última hipótese, contudo, a jurisprudência tem orientado no sentido de que é necessário, antes de se promover a intimação por edital, realizar a remessa de intimação por via postal, por se tratar de medida mais consentânea com a segurança jurídica dos atos praticados, bem como com o dever de informação e publicidade que deve nortear a atividade dessa serventia.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 1.398.356/MG (STJ, 2016, on-line). Esse entendimento vem sendo positivado pelas normas regulamentares dos Estados, tal como ocorre no Acre (art. 469), no Goiás (art. 102, § 7º) e em São Paulo (item 44 do Capítulo XV).

Transcorrido o tríduo legal sem o pagamento, e não tendo sido promovido a sua retirada ou suspensão por qualquer motivo, será promovida a lavratura do registro de protesto.

### **2.3.1. A questão da qualificação dos títulos**

Considerando a importância da qualificação do título para os estudos propostos no presente trabalho, optou-se por, em tópico próprio, tratar com profundidade do instituto da qualificação.

Qualificação (substantivo feminino) significa, dentre outros, a atribuição de qualidade, nome ou título a alguma coisa (MICHAELIS, on-line). Provém do latim *qualis* e *facere*, e entre as suas várias acepções registra o sentido de avaliação (apreciação), ou "*um juízo valorativo sobre alguém ou alguma coisa*" (ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, 2001, p. 3020).

Pode significar a emissão de uma opinião a respeito de algo, ou seja, de considerar algo ou alguém apto, idôneo, capacitado, e também pode ser sinônimo de classificar (JACOMINO, 2013, n.p.).

Consoante a definição de Sérgio Luiz José Bueno, a qualificação é:

Ato do Tabelião de Protesto consistente em examinar detidamente o título ou documento de dívida em seus requisitos formais. Cabe a ele, ainda, verificar a presença de elementos de ordem procedimental, ou seja, a presença de outros requisitos extrínsecos (em relação ao objeto da apresentação) exigidos por lei ou por norma regulamentar. Como resultado dessa verificação, o tabelião emite juízo positivo ou negativo de protestabilidade (BUENO, 2017, p. 201).

Ricardo Dip, por sua vez, conceitua a qualificação como:

Qualificar-se é, pois, ter uma dada qualidade em ordem a determinado fim. Qualificar é reconhecer num sujeito determinado (que alguns chamam de objeto material) os predicados (ou qualidade) para atingir certos fins. Ex.: um avião se qualifica como meio de transporte modernamente hábil, isto é, possui qualidade para realizar os transportes de nossos tempos; reconhecer no avião essa qualidade, é qualificá-lo para o fim proposto. A qualidade é um acidente dos entes, categoria especial que é a diferença da substância (DIP, 1992, p. 39).

É por meio da qualificação que o Tabelião examina os requisitos extrínsecos (caracteres formais) do título ou outros documentos de dívida, negando seguimento aqueles que apresentarem vícios (art. 9º da Lei n. 9.492/1997).

Para Sérgio Jacomino, hoje a qualificação registral (ou registrária) é a denominação corrente para designar a atividade do oficial encarregado do registro que, ao receber um título, com todo o apuro técnico e cuidado formule um juízo para determinar a sua aptidão para produzir os efeitos esperados e previstos pelo ordenamento jurídico (JACOMINO, 2013, n.p.).

Reinaldo Velloso dos Santos (2012, n.p.), por sua vez, indica que a qualificação notarial está atrelada à ideia da legalidade e independência da função notarial, e consiste em uma série de procedimentos intelectivos, por meio do qual o tabelião aprecia, livremente, de acordo com a sua convicção, a viabilidade da prática do ato solicitado, tanto no aspecto subjetivo, como objetivo; analisa a documentação apresentada; considera as

disposições legais e normativas; e ao final, emite um juízo valorativo, admitindo ou recusando a prática do ato, ou condicionando-o ao atendimento de exigências.

A qualificação, consoante a disciplina legal, deve ater-se a características formais do título, mas também deve analisar requisitos procedimentais do protesto.

O Tabelião não pode, nessa etapa, analisar o negócio jurídico subjacente ao título. Assim, o protesto de uma duplicata, por exemplo, não pode ser obstado pelo fato de a mercadoria ter sido entregue ou não, ou se esta foi entregue com defeitos.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira aponta que a qualificação de um título " *é a análise feita pelo tabelião a fim de verificar a viabilidade jurídica do protesto*", e nesse caso, " *não cabe ao tabelião, por exemplo, verificar eventual obstáculo material à cobrança do título, como a existência de eventual pagamento da dívida perante o credor*" (2020, n.p.).

A amplitude do que se pode considerar como vício formal apto a ensejar a rejeição do título pode encontrar interpretações dissonantes nos Códigos de Normas estaduais.

No Estado do Mato Grosso do Sul (art. 1.771) em Alagoas (art. 14, § 1º do Título VII), no Amazonas (art. 202, § 3º) no Ceará (art. 262), no Maranhão (art. 710), na Paraíba (art. 429), no Rio de Janeiro (art. 977, § 1º) e no Rio Grande do Sul (Art. 716, § 1º), por exemplo, não cabe ao tabelião investigar a falsidade do documento apresentado, ante expressa previsão da vedação.

Ademais, no Ceará não cabe ao tabelião, expressamente, sequer investigar prazos, de qualquer natureza, nos títulos e outros documentos de dívida submetidos a protesto (art. 298).

Por sua vez, no Estado do Acre, é inadmissível o protesto quando constatado o abuso do direito por parte do apresentante (art. 453).

Lado outro, em Minas Gerais, os tabeliões de protesto estão autorizados a negar seguimento aos títulos apresentados quando, segundo sua prudente avaliação, houver fundado receio de utilização do instrumento com intuito emulatório do devedor ou como meio de perpetração de fraude ou de enriquecimento ilícito do apresentante (art. 327, § 1º).

Entretanto, algumas questões são pacificadas na doutrina.

Os títulos de crédito, por exemplo, devem conter todos os requisitos formais legais previstos em lei.

No caso do cheque, por exemplo, são elementos obrigatórios a denominação “cheque” inscrita no contexto do título, a ordem incondicional de pagar quantia determinada, o nome da instituição financeira sacada, a indicação do lugar do pagamento, a indicação da data e do lugar de emissão e a assinatura do emitente ou mandatário com poderes especiais (art. 1º da Lei n. 7.357/1985).

Já no caso da duplicata, são elementos que o título deve conter: a denominação “duplicata”, a data de sua emissão e o número de ordem, o número da fatura, a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista, o nome e o domicílio do vendedor e do comprador, o valor a pagar, a praça de pagamento, a cláusula à ordem, a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite, cambial, e a assinatura do emitente (art. 2º, § 1º da Lei n. 5.474/1968).

A letra de câmbio, por sua vez, conterà: a denominação “letra de câmbio” ou equivalente, a soma de dinheiro a pagar e a espécie de moeda, o nome da pessoa que deve pagá-la, o nome da pessoa a quem deve ser paga, e a assinatura do próprio punho do sacador ou do mandatário especial (art. 1º do Decreto n. 2.044/1908).

Lado outro, a nota promissória deve conter: a denominação de “Nota Promissória” ou termo correspondente, a soma de dinheiro a pagar, o nome da pessoa a quem deve ser paga e a assinatura do próprio punho da emitente ou do mandatário especial (art. 54 do Decreto n. 2.044/1908).

A cédula de crédito bancário, por fim, deverá conter os seguintes requisitos essenciais: a denominação “Cédula de Crédito Bancário”, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado, a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação, o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem, a data e o lugar da emissão da cédula e a assinatura do emitente e do terceiro garantidor, ou dos mandatários (art. 29 da Lei n. 10.931/2004).

A ideia de que os títulos devem conter todos esses requisitos é essencial para o princípio da literalidade, segundo o qual os títulos de crédito devem possuir todas as informações necessárias ao exercício do direito nele mencionado.

Em determinada situação, por exemplo, a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo já obistou o protesto de cheque com valor por extenso incompreensível, pois a indeterminação da quantia importava na não observância dos requisitos do mencionado

título expostos no art. 1º da Lei n. 7.357/1985, não sendo possível superar o vício, que fere o princípio da literalidade (CGSP, Processo n. 211.185/2017, 2018, on-line).

Há, por sua vez, uma outra decisão da CGSP que veda o protesto de títulos ditos cambiários quando impossível a identificação do ato realizado (CGSP, Processo n. 161.302/2018, 2019, on-line).

Anote-se que é possível que a própria lei do título dispense algum requisito, sem que fique configurada a ofensa a algum dos princípios cambiários.

Para o caso da duplicata, veja-se, a própria legislação do título de crédito permite que seu protesto ocorra por simples indicação, ou seja, sem a necessidade de apresentação da duplicata (art. 13, § 1º da Lei n. 5.474/1968).

Ademais, a Lei n. 13.775/2018 autoriza a emissão de duplicatas sob a forma escritural, ou seja, por intermédio de "*lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por quaisquer das entidades que exerçam a atividade de escrituração de duplicatas escriturais*" (art. 3º da Lei n. 13.775/2018). As duplicatas emitidas dessa forma seguem sendo admitidas como títulos executivos extrajudiciais, por força do art. 7º da mesma lei, e são admitidas a protesto, mediante a apresentação de extrato (art. 8º, § 2º da Lei n. 9.492/1997).

Ressalte-se, entretanto, que apenas os títulos de crédito típicos têm essa estrutura definida em lei. Em relação aos títulos de crédito atípicos, e aos outros documentos de dívida, deve-se observar, como visto anteriormente, se as informações nele contidas pressupõem a presença de uma obrigação líquida, certa e exigível.

Tome-se como exemplo decisão da Vara de Registros Públicos de São Paulo que permitiu o protesto de contrato de honorários advocatícios dispensada a assinatura de duas testemunhas (1VRPSP, Pedido de Providências n. 1027493-62.2019.8.26.0100, 2019, on-line).

Ademais, deve ser observado o princípio da especialidade subjetiva.

Com base nisso, o devedor precisa ser identificado adequadamente, sendo exigida a indicação de documentos pessoais para se evitar a homonímia, problema histórico decorrente dos apontamentos que a legislação vem buscando superar.

Nas normas de serviço do Estado do Acre (art. 425), do Ceará (art. 265), do Distrito Federal (art. 83, parágrafo único), do Espírito Santo (art. 736), do Mato Grosso do Sul (art. 1.767), do Rio de Janeiro (art. 975, parágrafo único) e de Roraima (art. 379), por exemplo, os títulos e documentos de dívida só serão recepcionados se identificado o devedor por



meio do número do CPF ou, na sua falta, do número do documento de identidade, ou do número do CNPJ, no caso de pessoa jurídica.

Em relação aos valores cobrados pelo credor do título ou outro documento de dívida, convém destacar que a responsabilidade pelo valor indicado é apenas do apresentante.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) indica que, em relação ao valor nominal, cabe ao tabelião verificar apenas se o valor indicado no título condiz com o cobrado; já em relação aos encargos acessórios, a competência, consoante defende, limita-se a identificar se esse acréscimo é admissível pela lei (*an debeatur*), mas não abrangeria a obrigação de conferir a exatidão do valor calculado (*quantum debeatur*).

Destaca o jurista:

Tabelião não é contador! Isso, porque o art. 11 da lei 9.492/1997 estabelece que é o apresentante - e não o tabelião! - quem indica o valor do título que foi sujeito a algum tipo de correção, levando em conta a data da apresentação do título. Ademais, o art. 40 da Lei de Protesto prevê o termo inicial dos juros e da correção monetária a partir da data do registro do protesto, salvo se houver marco diverso pactuado, o que deixa implícito que o tabelião de protesto tem dever de viabilizar a cobrança dos encargos acessórios (OLIVEIRA, 2020, n.p.).

Em consonância com esse entendimento, prevê a normativa estadual de Pernambuco que o valor do documento declarado pelo apresentante corresponderá a seu respectivo valor original, podendo crescer, contudo, sob sua exclusiva responsabilidade: juros de mora; encargos legais ou expressamente convencionados; atualização monetária; atualização cambial, nos contratos pactuados em moeda estrangeira; e honorários advocatícios, cabendo, em qualquer caso, ao apresentante juntar planilha de cálculo especificando os valores acrescidos para fins de responsabilidade (art. 498, §§ 4º e 5º).

Constatado o vício formal, o título ou outro documento de dívida será devolvido ao apresentante, com a elaboração de uma nota devolutiva formal, que especifique de forma clara os motivos da devolução, todos aqueles que tenham obstado o ingresso do título do Tabelionato de Protesto.

Nesse caso, descabe a cobrança de emolumentos, consoante recentemente regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 3º do Provimento CNJ n. 89/2019).

Diferente do que consta na Lei de Registros Públicos quanto ao registro de imóveis, a Lei n. 9.492/1997 não assegura prazo para regularização da omissão ou emenda na apresentação. Assim, devolvido o título apresentado, compete ao apresentante regularizar as exigências e efetuar nova apresentação.

É possível utilizar-se o procedimento de dúvida registral caso o apresentante não concorde com as exigências do Tabelião constantes na nota devolutiva.

O procedimento de dúvida é um procedimento administrativo, de competência do titular da serventia extrajudicial, a requerimento do apresentante, podendo ser também formulado diretamente por ele no caso de inércia do oficial de registro ou tabelião (o que se chama "dúvida inversa"), para submeter ao juiz competente, de acordo com a legislação Estadual, que geralmente delega essa competência ao juiz da Vara de Registros Públicos, as situações em que houver divergência sobre a exigência feita pelo delegatário e o entendimento do apresentante, submetendo ao juiz a análise da legalidade e correção da exigência que foi feita pelo titular como condição para a prática de um ato.

A possibilidade de o Tabelião de Protesto suscitar a dúvida é tranquila na doutrina e está expressamente prevista em algumas normas estaduais, como as do Espírito Santo (art. 734) e Rio de Janeiro (art. 982 e 983).

Algumas normas, como as do Maranhão, chegam a determinar a observância de providências específicas relacionadas à dúvida registral, como a necessidade de que sejam indicadas por escrito as exigências, de forma clara, objetiva e fundamentada, indicando o dispositivo legal, e de uma só vez, e com assinatura do responsável (art. 715, § 1º).

O procedimento se inicia com a indicação, pelo apresentante, de que deseja suscitar a dúvida.

Demonstrada essa intenção, o Tabelião deve colher requerimento por escrito da dúvida e juntar toda a documentação pertinente, inclusive o próprio título, os documentos que lhe acompanham, e a nota devolutiva

Em seguida, elabora razões escritas acerca dos motivos que obstaram o protesto e intima o interessado para impugnar a dúvida, no prazo de quinze dias, comprovando essa intimação por documento que será encaminhado junto com os demais e instruirão o processo (art. 198 da LRP).

Reunidos os documentos, os autos são encaminhados para o juízo competente, onde se aguardará o prazo para impugnação.

Se impugnada a dúvida, o Ministério Público é ouvido no prazo dez dias (art. 200 da LRP), e em sequência, se não forem requeridas diligências instrutórias, o juiz proferirá decisão, no prazo de quinze dias (art. 201 da LRP).

Essa decisão é chamada pela legislação de “sentença”. Caso o oficial esteja correto, a dúvida é julgada procedente e os documentos são todos devolvidos à parte interessada.

Caso negativo, estando o apresentante correto nas razões deduzidas, a dívida é julgada improcedente, de modo que será realizado o protesto.

Dessa “sentença” cabe recurso, denominado “apelação”, que será julgado pelo órgão competente definido pela lei Estadual (art. 202 da LRP), competência que geralmente reservada à Corregedoria-Geral de Justiça do respectivo Tribunal.

Diferentemente do registro de imóveis, não há prioridade estabelecida para o protocolo do título, mesmo porque essa prioridade é incompatível com o regime jurídico do protesto, que não envolve ingresso de direitos reais no fôlio real, tal como ocorre no art. 186 da Lei n. 6.015/1973.

Assim, não há o prazo para regularização das exigências formuladas pelo tabelião, de modo que, atendido o contido na nota devolutiva, o título ou outro documento de dívida deverá ser apresentado novamente para protesto.

### **3. PRESCRIÇÃO**

Após abordar os pontos mais relevantes para a compreensão acerca da natureza dos serviços notariais e de registro, do protesto e do tabelionato, passa-se a analisar os aspectos principais do instituto da prescrição, notadamente em relação aos seus fundamentos históricos e tratamento legal, com ênfase, na sequência, à prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto extrajudicial.

#### **3.1. FUNDAMENTOS**

Para Pontes de Miranda (1954/1956, v. 6, p. 100), a prescrição é uma exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante um lapso de tempo fixado em norma, sua pretensão ou ação.

Para Clóvis Bevilacqua, prescrição seria “*a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo*” (1927, v. 1, obs. 1 ao art. 161).

Caio Mario da Silva Pereira (2017, v. 1, n.p.), por sua vez, entende que a prescrição é o modo pelo qual se extingue um direito (não apenas a ação) pela inércia do titular durante certo lapso de tempo.

Câmara Leal, por fim, conceitua prescrição como "*extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso*" (1982, p. 12).

A prescrição, tal como conhecemos, surgiu no direito romano pós-clássico e justinianeu, "*quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então se faz exprimir na legislação imperial*" (CIMMA, 1996. v. XIV, p. 253).

Conforme destaca Humberto Theodoro Junior (2018, n.p.), no tempo das *legis actiones*, a regra era a perpetuidade das ações e mesmo no período formulário, o fenômeno foi apenas percebido esporadicamente sem, entretanto, passar por uma elaboração sistemática, jurisprudencial ou legislativa.

Apenas nos termos de Teodósio II, foram introduzidos, na via legislativa, os primeiros limites temporais para exercício dos direitos em juízo (AMELOTTI, 1958, p. 4).

Essas limitações, pois, não foram colocadas diretamente contra os direitos, mas diziam respeito a possibilidade de fazê-los atuar em juízo, por meio de uma ação, uma exceção ou um interdito (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Ultrapassado o termo previsto, poderia o réu paralisar a demanda mediante uma exceção, com eficácia exclusivamente processual, não interferindo na possibilidade, por exemplo, de pagamento da dívida, que seguiria válida mesmo após a prescrição e sem a possibilidade de exercício de ação de restituição (GALLO, 1996, v. XV, p. 248).

Como destaca Humberto Theodoro Junior, essa visão de prescrição construída em Roma passou pela Idade Média e chegou à Inglaterra, vigendo ainda desta maneira no Código Napoleão (art. 2.105), e nos Códigos civis elaborados na Alemanha (art. 194) e na Suíça (art. 127), no começo do Século XX (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Essa visão de prescrição foi abandonada pelo direito civil italiano, que no Código Civil declarou, textualmente, no seu art. 2.934, que os próprios direitos, e não somente a ação, se extinguiriam com o decurso do tempo (ITALIA, 1942).

Nessa divergência com o direito italiano, o Código Civil de 2002 preferiu seguir a tradição romana consagrada no B.G.B., para considerar a prescrição causa de extinção da pretensão, e não do direito subjetivo material, consoante a interpretação literal do disposto no art. 189 do CC.

Na mesma linha previram o Código Civil do Peru<sup>[3]</sup>, o Espanhol<sup>[4]</sup> e o Russo<sup>[5]</sup>.

Tanto o é que o Código Civil de 2002 repetiu, em essência, no seu art. 882 a possibilidade válida de solver dívida prescrita sem direito de repetição.

Nessa ótica, expõe o Código Civil, em seu art. 189 que, violado o direito, nasce para o titular uma pretensão, que se extingue, pela prescrição, nos prazos previstos em lei.

A prescrição, portanto, "*faz extinguir o direito de uma pessoa de exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.*" (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.)

É clara, pois, a opção do Código Civil pela corrente oriunda do direito alemão, de modo a considerar que a prescrição extingue a ação, e não o direito em si. Da redação do art. 882 do Código Civil extrai-se que o direito, embora prescrito, continua "vivo".

Se o Código considerasse extinto o direito de crédito, o pagamento da dívida prescrita geraria uma transferência desprovida de causa que, em última análise, autorizaria quem pagou a exigir a restituição do valor.

Daí, portanto, se concluiu que a prescrição atinge a pretensão de direito material, a *Anspruch* do direito alemão, que consiste na exigibilidade, judicial ou não, daquele direito (SCHREIBER, *et. al.*, 2019, n.p.).

Segundo Anderson Schreiber [et al.]:

A pretensão não se confunde com o direito de ação: é noção de direito material e somente existe no direito subjetivo, que atribui ao seu titular o direito a uma prestação. Celebro com o vendedor um contrato de compra e venda de um livro, a ser entregue em três dias. Passados os três dias, se não tiver sido efetuada a prestação, há violação ao meu direito subjetivo de receber o bem nos termos contratados. Inicia-se, então, o prazo para o exercício da pretensão. A chamada teoria da pretensão foi expressamente acolhida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 189. Pode-se afirmar, portanto, que, de acordo com o direito positivo brasileiro, a prescrição conduz à extinção da pretensão. Perde o titular do direito não o direito material em si, nem o direito de ação, hoje considerado abstrato e autônomo, mas tão somente a faculdade de exigir o atendimento daquele direito material. A prescrição deve, então, ser definida como a extinção de

uma pretensão pelo decurso de certo lapso de tempo previsto em lei (SCHREIBER, *et. al.*, 2019, n.p.).

Para parte da doutrina, existem duas espécies de prescrição, com efeitos opostos: a) a prescrição extintiva, que o Código Civil chama simplesmente de prescrição; e b) a prescrição aquisitiva, denominada pelo Código como usucapião, em que o lapso de tempo não extingue, mas cria um direito real de propriedade para aquele que tenha a coisa para si por certo lapso de tempo, cumpridos outros requisitos (SCHREIBER *et. al.*, 2019, n.p.).

Carlos Roberto Gonçalves (2020, v. 2, p. 547) registra que, seja como for, em um ou outro caso, ocorrem dois fenômenos, alguém ganha e, em consequência, alguém perde, sendo o elemento “tempo” comum à ambas as espécies, tanto que o art. 1.244 do Código Civil diz que as causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição também se aplicam à usucapião.

A prescrição tem, de acordo com Sílvio Venosa (2017, n.p.), os seguintes requisitos: existência de ação exercitável; inércia do titular da ação; continuidade dessa inércia por certo tempo; ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição.

Esses requisitos também são enumerados por Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 434).

No que tange a diferença entre prescrição e decadência, o critério mais aceito na doutrina é aquele apresentado por Agnelo Amorim Filho.

Para o mencionado estudioso, que faz uso de um critério com “bases científicas”, sujeitam-se a prescrição as ações de natureza condenatória, em que se pretende a imposição ao cumprimento de uma prestação. Só as ações condenatórias podem, portanto, sofrer os efeitos da prescrição, pois são as únicas ações donde irradiam pretensões. Lado outro, direitos potestativos, que são direitos sem pretensão ou prestação, insuscetíveis de violação, dão origem a ações de natureza constitutiva ou desconstitutiva, e estas sujeitam-se a prazos decadenciais, quando houver prazo fixado em lei (AMORIM FILHO, 1960, n.p.).

Assim, é possível afirmar que a prescrição está ligada as ações que versam sobre direitos subjetivos *strictu sensu*, tal como o direito de crédito perante um devedor, enquanto a decadência está relacionada à direitos potestativos ou formativos, isto é, à constituição ou desconstituição de situações jurídicas, a exemplo de uma ação anulatória de determinado ato ou negócio jurídico.

A prescrição encontra fundamento tranquilo na necessidade de satisfazer um interesse geral de segurança e certeza no meio social. É, conforme Yussef Said Cahali, norma de ordem pública, cujo objetivo é resguardar a segurança do comércio jurídico

através da consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo, assim como pela necessidade de procurar uma prova de liberação de um devedor que pagou, mas não recebeu a quitação ou a perdeu (CAHALI, 2012. p. 22).

Tem respaldo na própria Constituição Federal, que se encarrega do compromisso com a segurança, mesmo que jurídica (art. 5º, *caput*), o que também elucida o seu caráter de ordem pública, lhe possibilitando o reconhecimento de ofício pelo juiz, dada a revogação do art. 194 do Código Civil.<sup>[6]</sup>

Outros dispositivos também indicam esse caráter de ordem pública da prescrição, tal como a impossibilidade de os prazos de prescrição serem alterados por acordo entre as partes (art. 192 do CC), e o fato de poder ser alegada em qualquer grau de jurisdição, independentemente de preclusão (art. 193 do CC).

De igual forma Savigny defende que o fundamento principal da prescrição é o de fixar relações incertas, suscetíveis de serem submetidas a apreciação, encerrando-se, após determinado lapso de tempo, a incerteza suscetível pelas partes que não foi submetida a apreciação do juiz (SAVIGNY, 1893. v. V, § 237, p. 309).

Sublinha Humberto Theodoro Junior que a prescrição coloca em confronto dos imperativos casos ao direito, a segurança nas relações jurídicas e o direito à busca pela justiça. De acordo com o autor:

Quando se reconhece a pretensão – força de coagir o violador do direito a realizar a prestação a que faz jus o titular do direito violado – atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera inquietude e incerteza, no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal e, com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono do direito, negligência em defendê-lo, ou até mesmo presunção de pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Anderson Schreiber [et. al.], delinea que a prescrição tem duplo fundamento, pois além de contribuir para a estabilidade das relações sociais, tem como fundamento também sancionar a inércia do titular do direito que deixa de exercê-lo:

A prescrição tem, segundo a doutrina, duplo fundamento. Primeiro, destina-se a atribuir estabilidade às relações sociais, consolidar situações jurídicas que se preservaram inalteradas no tempo. A prescrição desempenha, assim, um papel apaziguador, vinculado às aspirações de segurança jurídica e, por isso mesmo, considerado hoje um instituto de ordem pública. A doutrina indica, ainda, um segundo fundamento para a prescrição: sancionar a inércia do titular do direito que deixa de exercê-lo. Invoca-se aqui o brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*: o direito não socorre a quem dorme. Resgata-se, no mesmo sentido, a máxima *iura scripta vigilantibus*: as leis são escritas para os vigilantes (SCHREIBER *et. al.*, 2019, n.p.).

Câmara Leal, fundamentado na doutrina romana, arremata:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição (CAMARA LEAL, 1982, p. 16).

Reconhece a lei, entretanto, que algumas pretensões não estão sujeitas à prescrição. Sublinha-se as ações ligadas ao direito de propriedade, embora sujeitas à usucapião, forma de prescrição aquisitiva, como a ação reivindicatória (art. 1.228 do CC), ação demarcatória (art. 1.297 do CC) e de divisão de coisa comum (art. 1.320 do CC). Isso decorre da perpetuidade do direito, incompatível com a prescrição.

Pretensões decorrentes do estado e da capacidade das pessoas também não se sujeitam a prazo para exercício da pretensão em juízo, tal como ocorrem nas ações de investigação de paternidade<sup>[7]</sup> ou da negatória dessa relação (STJ, REsp n. 576.185/SP, 2009, on-line). Igualmente, ações que protegem os direitos da personalidade e as de exercício facultativo (ou potestativo) também não se submetem a prazo prescricional (GONÇALVES, 2020, v. I, p. 550).

O Código Civil admite a renúncia da prescrição, de forma expressa ou tácita (art. 191 do CC).



De acordo com Yussef Said Cahali, a renúncia tácita ocorre quando o renunciante, mesmo sem dizer que renuncia à prescrição, pratica atos que não podem ser interpretados senão como renúncia. Assim, "*se firma acordo confessando a dívida na qual estão envolvidos cheques prescritos, ou, como define o art. 2.937 do CC italiano, quando resulta de um fato incompatível com a vontade de se valor da prescrição*" (CAHALI, 2012. p. 48).

A renúncia, seja como for, só pode ocorrer após consumada a prescrição, dado o caráter de ordem pública conferido ao instituto.

O termo inicial do prazo prescricional surge com o nascimento da pretensão, ou seja, com a possibilidade de seu exercício em juízo, tal como dispõe o indigitado art. 189 do Código Civil.

É o que se convém chamar de *actio nata*. A seu respeito, o STJ tem se inclinado a adotar uma teoria subjetivista para sua fixação, indicando que, para o termo inicial do prazo, há de se verificar a existência de um elemento subjetivo – o conhecimento acerca da possibilidade do exercício da pretensão.

No julgamento do REsp n. 1.460.474/PR, registrou-se que:

O STJ possui entendimento sedimentado na teoria da *actio nata* acerca da contagem do prazo prescricional, segundo a qual a pretensão nasce quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (STJ, REsp n. 1.460.474/PR, 2018, on-line).

Também segundo o tribunal, em outro aresto:

O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte (STJ, REsp n. 1.347.715/RJ, 2014, on-line).

Embora não haja unanimidade na doutrina, parcela dela destaca a injustiça que a fria redação do art. 189 do Código Civil poderia gerar no caso concreto.

Ao considerar-se, pura e simplesmente, o momento da violação do direito como termo inicial, estaria por se ignorar as hipóteses em que o titular do direito sequer conhece da violação, ou não sabe quem seja o seu responsável, restando inviabilizado o exercício da própria pretensão.

Ora, se um dos fundamentos da prescrição é o castigo aquele que não exerceu a pretensão no prazo previsto em lei, sancionando a inércia do titular do direito com a perda da possibilidade de pleiteá-lo em juízo, não seria possível punir o titular se esse sequer conhece da violação, para que pudesse tomar as providências para pleitear o crédito devido.

Esse entendimento, como visto, tem ressoado na jurisprudência do STJ, e foi objeto de enunciado na I Jornada de Direito Civil (Enunciado 14)[8], e foi acolhido no Código de Defesa do Consumidor que, atento à questão, dispõe expressamente que a contagem do prazo prescricional se inicia a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27 do CDC).

A contagem do prazo é feita nos termos da lei civil. Ou seja, exclui-se o dia do começo e inclui o do vencimento (art. 132 do CC).

Os prazos de prescrição são geralmente fixados por ano, e nesse caso, há de se considerar que os doze meses do ano se contam de certo dia do mês até a véspera do dia idêntico daquele mês no ano seguinte, ainda que se trate de ano bissexto, isso conforme o art. 1º da Lei n. 810/1949.

Para Youssef Said Cahali, com base em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se o *dies ad quem* cair num daqueles em que não há expediente forense, obstáculo judicial que impede o ajuizamento da ação naquele dia, o prazo, mesmo decadencial, fica prorrogado até o primeiro dia útil subsequente (CAHALI, 2012. p. 42).

Com o advento do CPC/2015, entretanto, deve ser feita uma interpretação mais moderna, consentânea com a possibilidade da prática de atos eletrônicos, notadamente ante a possibilidade de protocolo de petições vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, nos termos do art. 213 do CPC.

O Código Civil prevê algumas causas que impedem ou suspendem o curso do prazo prescricional.

Ambas as causas representam obstáculos ao fluxo do prazo prescricional, o impedimento dizendo respeito a causa anterior ao seu início, e a suspensão a causa que

impede o seu curso, já iniciado. São elas: a sociedade conjugal, no caso de prescrição entre os cônjuges (art. 197, I do CC); poder familiar, no caso de prescrição entre ascendentes e descendentes (art. 197, II do CC); e a tutela e curatela, no caso da prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores (art. 197, III do CC); prescrição contra os absolutamente incapazes (art. 198, I do CC); prescrição contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (art. 198, II do CC); prescrição contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (art. 198, III do CC); pendência de condição suspensiva (art. 199, I do CC); não vencido o prazo (art. 199, II do CC); pendendo ação de evicção (art. 199, III do CC); enquanto pendente a apuração no juízo criminal (art. 200 do CC).

Há, ainda, hipóteses previstas no Código Civil de interrupção da prescrição.

O rol previsto no art. 202 é considerado taxativo e resulta no reinício do prazo integralmente, *"da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper"* (art. 202, parágrafo único, do CC) abarcando as seguintes hipóteses: despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual (art. 202, I do CC); protesto judicial (art. 202, II do CC); protesto cambial (art. 202, III do CC); apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (art. 202, IV do CC); qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 202, V do CC); e qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (art. 202, VI do CC).

Os prazos prescricionais foram agrupados no Código Civil em dois grupos, o prazo geral, que é de 10 anos e é aplicado pelo critério da subsidiariedade, e os prazos específicos, entre um e cinco anos, a depender da hipótese regulada, tal como preveem os arts. 205 e 206 do CC.

Esses prazos não podem ser alterados pelas partes (art. 192 do CC), considerando o caráter de ordem pública do instituto, bem como o fato de a possibilidade de alargar ou encurtar os prazos implicar, no primeiro caso, uma espécie de renúncia antecipada ao instituto, o que é vedado (art. 191 do CC), e no segundo caso, infringir os fins do instituto, contrariando a segurança jurídica visada pela fixação em lei de prazos para o exercício da pretensão.

A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita (art. 193 do CC). Convém identificar que, para efeitos processuais, a prescrição poderá ser alegada até o trânsito em julgado da ação.

Após o trânsito em julgado, contudo, é impossível, por exemplo, a propositura de ação rescisória alegando prescrição que não foi objeto de deliberação na ação originária.

No julgamento do REsp n. 1.749.812/PR o STJ compreendeu que ao magistrado não se impõe o dever de se manifestar sobre a prescrição, embora seja a ele possível, inclusive de ofício e sob o signo da celeridade processual.

Assim, se a parte que se beneficiaria com a sua declaração não se valeu de sua suscitação no curso do processo, sua inércia configura verdadeira renúncia tácita a esse direito (STJ, REsp n. 1.749.812/PR, 2019, on-line).

### **3.2. PRESCRIÇÃO DOS TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA**

Quanto aos outros documentos de dívida que não se configurem como títulos ou outro título de dívida com prazo prescricional específico previsto em lei, não há muita controvérsia em definir que se submetem ao prazo prescricional quinquenal, na forma do art. 206, § 5º, inciso I do CC, considerando que se tratam, como visto, de documentos que ostentam cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Por essa razão, os enunciados de Súmula n. 503 e 504 da jurisprudência do STJ definem prazos quinquenais para ajuizamento de ação monitória pelo credor de cheque sem força executiva e de nota promissória, contabilizado o prazo, no primeiro caso, do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula, e no segundo, do dia seguinte a data do vencimento do título.

Em específico, a jurisprudência do STJ também tem definido o prazo prescricional quinquenal para cobrança com base nesse dispositivo para o contrato de abertura de crédito (STJ, AgInt no AREsp n. 1.305.152/MT, 2019, on-line), duplicata prescrita (STJ, AgInt nos Embargos de Declaração no AgInt nos Embargos de Declaração no AREsp n. 1.655.610/SP, 2020, on-line), confissão de dívida (STJ, AgInt no AREsp n. 1.111.952/SC, 2020, on-line) e transação homologada judicialmente (STJ, AgRg no AREsp n. 163.318/SP, 2020, on-line).

Em relação aos títulos de crédito, é importante destacar que a sua prescrição não implica no igual reconhecimento da extinção da pretensão do negócio fundamental, se maior for o seu prazo prescricional.

Assim, mesmo prescrito determinado título, nada impede que haja a cobrança da obrigação subjacente, desincorporada desse título, se for o caso, através de uma ação monitória, com base na prova escrita sem eficácia de título executivo, ou de uma ação de cobrança.

Isto porque mesmo que o título de crédito perca a sua eficácia executiva, é plenamente possível a sua cobrança como documento com expressão de dívida líquida, podendo ser classificado dentro do espectro de "outros documentos de dívida", o que

autoriza o manejo de ação monitória, como visto especificamente acima em relação ao cheque, à nota promissória e à duplicata, ou até mesmo ação de cobrança.

Gladston Mamede explica a questão dando o seguinte exemplo:

Imagine-se, por exemplo, que o título tivesse sido emitido a partir de um contrato de hospedagem, prescrevendo em um ano (artigo 206, § 1º, I); se houve emissão de uma nota promissória, o crédito incorpora-se à cártula, que prescreve em três anos. O direito ao crédito, assim, beneficiou-se da incorporação, já que o prazo prescricional cambiário é maior. Extinta a relação cambiária pela prescrição do título, deve reestabelecer-se a relação original (negócio de base), com todos os seus qualificadores, incluindo o prazo prescricional do crédito original (não cambiário). No exemplo dado, portanto, se o credor da cártula não a executou no triênio prescricional da nota promissória, não lhe socorrerá a relação fundamental, cujo prazo prescricional é menor (MAMEDE, 2018, n.p.).

Veja-se um precedente do STJ especificamente nessa direção. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo no 1.014.710/SP, constou o seguinte do acórdão:

Não há que se confundir a prescrição da nota promissória, e a consequente perda de sua eficácia executiva, com a prescrição da dívida de que ela faz prova. No caso em apreço, encontrava-se prescrita, quando da propositura da demanda, a ação para executar as notas promissórias. Tal circunstância, contudo, não impede a propositura de demanda monitória com o intuito de cobrar a obrigação representada pelas cártulas prescritas, desde que tal pretensão também não tenha sido alcançada pela prescrição, o que não ocorreu na espécie (STJ, AgRg no Ag n.1.014.710/SP, 2010, on-line).

Dito isto, é possível indicar que a prescrição dos títulos de crédito atinge tão somente a sua força executiva, impedindo-a de serem cobradas através do procedimento específico de cobrança de títulos executivos extrajudiciais previsto no Código de Processo Civil.

Finda a força executiva, pelo decurso do tempo, é possível utilizar-se de outras opções legais e, ao fundo, da execução do próprio objeto negocial.

A letra de câmbio tem prazo prescricional de três anos conforme o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto-Lei n. 57.663/1966), mesmo prazo aplicável às notas promissórias, por força do art. 77 do citado diploma legal.

A duplicata, por sua vez, tem prazos de prescrição específicos a depender do sujeito obrigado pelo pagamento, nos termos do art. 18 da Lei n. 5.474/1968. Contra o sacado e respectivos avalistas, é de três anos, contados da data do vencimento do título; contra endossante e seus avalistas, de um ano, contado da data do protesto; e por qualquer dos coobrigados contra os demais, de um ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

A prescrição do cheque é de seis meses, contados do término do prazo de apresentação (art. 59 da Lei do Cheque), que pode ser de trinta ou sessenta dias a depender da praça de emissão.

Há, autores, como Luis Emygdio F. da Rosa Junior, que defendem que, se o cheque for apresentado antes do fim do prazo legal, o termo inicial da prescrição será antecipado para a data da apresentação (ROSA JR., 2011, p. 655).

Essa, contudo, não é a posição que prevalece, por ir de encontro ao dispositivo legal. Veja-se, a respeito, o Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Comercial do CJF:

O prazo prescricional de 6 (seis) meses para o exercício da pretensão à execução do cheque pelo respectivo portador é contado do encerramento do prazo de apresentação, tenha ou não sido apresentado ao sacado dentro do referido prazo. No caso de cheque pós-datado apresentado antes da data de emissão ao sacado ou da data pactuada com o emitente, o termo inicial é contado da data da primeira apresentação.

Findo o prazo para execução do cheque, é possível fazer-se uso da chamada “ação de enriquecimento” ou “ação de locupletamento”, prevista no art. 61 da mesma lei. Essa ação pode ser exercida no prazo de dois anos contados do fim do prazo prescricional.

Ultrapassado este prazo, ainda é possível o manejo de ação de monitória, submetida ao prazo quinquenal, nos termos do enunciado de Súmula n. 503 da jurisprudência do STJ, e que independe a demonstração da causa *debendi*, invertendo-se o ônus da prova para o réu quanto à inexistência do débito.<sup>[9]</sup> No mesmo prazo ainda é possível a cobrança via ação de conhecimento, com base na relação causal que deu origem ao título, conforme expressamente previsto no art. 62 da Lei do Cheque.

#### **4. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTO**

Até aqui, este trabalho se dedicou ao estudo dos aspectos principais das duas variáveis que precisam ser conhecidas para conhecer da problemática que envolve a análise da prescrição pelo tabelião de protesto.

Tecidas considerações sobre todo o substrato que envolve a questão jurídica que se propôs discutir nesse trabalho acadêmico, passa-se agora a análise do problema em si.

#### **4.1. PANORAMA INICIAL**

Como visto anteriormente, qualificar o título ou outro documento de dívida é o ato de verificar a qualidade, ou seja, de classificar se determinado título ou documento cumpre ou não os requisitos para que possa ser protestado.

Trata-se de um poder-dever do tabelião, e que faz parte do seu múnus, na condição de profissional de direito, tendo condições, pela sua qualificação técnica aferida após concurso de provas e títulos, de verificar questões jurídicas atinentes a protestabilidade do título ou outro documento de dívida.

Questão, como já anunciado, tormentosa, e que é objeto de análise dessa obra, é estabelecer qual o limite do poder-dever do tabelião de protesto quanto a qualificação, se abrange a possibilidade de se analisar a prescrição dos títulos ou outro documento de dívida submetidos ao tabelionato pelo apresentante.

A lei de protesto, com o objetivo de lançar uma pá de cal na controvérsia, previu, expressamente, no seu art. 9º, que a análise acerca da prescrição e da caducidade não estão inclusas no poder-dever da qualificação formal dos títulos e outros documentos de dívida.

Confira-se a redação da cabeça do mencionado artigo da Lei n. 9.492/1996:

Art. 9º. Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

Anota-se, em primeiro lugar, que tal disposição já constava no PL n. 915/1995, projeto de lei de autoria do então Deputado Federal Augusto Viveiros (PFL/RN) e que deu origem à Lei do Protesto.

No seu art. 6º, o projeto continha artigo com o seguinte conteúdo: "*Ao Cartório de Protesto cumpre apenas examinar as formalidades e requisitos do título, não lhe cabendo investigar a ocorrência da caducidade ou prescrição*" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

De acordo com a justificativa do projeto, o projeto de lei apresentado visava uniformizar o procedimento do protesto em todo o país, com base em trabalho desenvolvido no e. TJSP (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Após tramitação nos termos regimentais, foi submetido à análise na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Consoante indicado no relatório feito na CCJ, de autoria do então Deputado Federal Regis de Oliveira (PSC/SP), o PL atendia à necessidade de regulamentação do tema, que já havia precedido de outro projeto (PL n. 2.269/1989), tendo a Câmara dos Deputados, entretanto, optado por aguardar a regulamentação do art. 236 da Constituição Federal pela legislação infraconstitucional, o que veio a lume com a edição da Lei n. 8.935/1994 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Assim, tendo esse (PL n. 2.269/1989) e um outro projeto caducado no âmbito da Câmara dos Deputados em razão do decurso da legislatura, com a edição da Lei dos Notários e Registradores criou-se terreno fértil para discutir uma legislação para o protesto no parlamento brasileiro.

Logo, o PL foi aprovado na CCJ e desde já deslocou o art. 6º para o atual art. 9º, mantendo o conteúdo e posição redacional tal como conhecemos hoje.

Durante o processo legislativo, não houve registro de qualquer embate em relação ao conteúdo do mencionado dispositivo, de modo que não se identifica a apresentação de emendas cujo objetivo tivesse sido o de modificar ou até mesmo de suprimir o citado dispositivo.

Assim, o texto foi aprovado pelo parlamento através da própria comissão, não sendo submetido ao plenário da Câmara (na forma do art. 24, inciso II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), e após encaminhado ao Senado Federal e aprovado sem modificações (PLC n. 98/1996, no Senado Federal). Na sequência, foi sancionado pela Presidência da República, dando origem à atual Lei n. 9.492/1997 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Colhe-se do trâmite do processo legislativo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, portanto, que não houve divergência do parlamento quanto ao conteúdo da disposição, que como dito, de forma expressa retirou do poder-dever de qualificação pelo tabelião de protesto a análise acerca da prescrição ou caducidade.

O conteúdo dessa disposição legal é repetido de maneira expressa em algumas legislações editadas pelas Corregedorias de Justiça estaduais que regulam a atividade notarial e de registro nele praticadas.



Assim ocorre no Acre (art. 433), no Alagoas (Art. 14, § 1º do Título VII) no Amazonas (art. 202, § 3º), na Bahia (art. 321, § 1º), no Ceará (art. 262) no Distrito Federal (art. 90), no Espírito Santo (art. 731), no Maranhão (art. 710), em Minas Gerais (art. 326, § 1º) no Mato Grosso (art. 480, § 4º), no Mato Grosso do Sul (art. 1.771), no Pará (art. 398), na Paraíba (art. 429), no Pernambuco (art. 497), no Piauí (art. 291, § 1º), no Paraná (Art. 750), no Rio de Janeiro (art. 977), em Rondônia (art. 257), em Roraima (art. 392), no Rio Grande do Sul (art. 716, § 1º) e no Sergipe (art. 214).

Outros Estados, entretanto, não tem referências claras nas suas normas estaduais acerca do fato de a qualificação abranger ou não a prescrição, preferindo não repetir a disposição legal contida na Lei n. 9.492/1997. São os casos dos Estados do Goiás, do Rio Grande do Norte, de Santa Catarina, de Tocantins e de São Paulo, este último o Estado que teria influenciado o projeto de lei federal que deu origem à Lei n. 9.492/1997, conforme registrado durante a tramitação do PL respectivo, o que se explicará em sequência.

A disposição contida no art. 9º, *caput* da Lei de Protesto também foi, outrora, posição pacífica na jurisprudência.

O enunciado de Súmula n. 17, da jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente revogado<sup>[10]</sup>, e julgados do c. Superior Tribunal de Justiça espelhavam esse entendimento.

No julgamento do STJ cuja ementa segue transcrita na sequência, por exemplo, o colendo Tribunal considerou inviável suscitar a prescrição para sustar o protesto, considerando que a eventual perda do atributo de executividade pelo título não importaria, *ipso jure*, no cancelamento do protesto ante a higidez da dívida.

Confira-se, a respeito, a emenda:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO E AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE RELAÇÃO JURÍDICA - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO CAMBIAL COMO FUNDAMENTO DA DEMANDA - INVIABILIDADE - RESTAURAÇÃO DO PROTESTO APÓS A IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO, A DESPEITO DA PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA CONSISTENTE EM DEPÓSITO DE CAUÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR MENCIONADO NO CHEQUE PROTESTADO - ADMISSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Não há omissão no aresto *a quo*, no qual se analisou todos os temas relevantes suscitados pelas partes, inclusive o relativo à prescrição, embora o resultado não tenha sido favorável à parte recorrente. 2. É inviável suscitar, na via da ação declaratória de

inexigibilidade de relação jurídica e de sustação do protesto, a arguição de prescrição cambial, visto que a eventual perda do atributo de executividade pelo cheque não importa, *ipso jure*, o cancelamento do protesto ante a higidez da dívida. 3. O depósito em dinheiro do valor do cheque protestado como contracautela exigida para o deferimento da liminar de sustação de protesto não obsta a restauração do protesto após o julgamento de improcedência da demanda declaratória de inexigibilidade de relação jurídica e de sustação do protesto. 4. É que, ao longo do feito ajuizado pelo devedor, a fluência do *iter* processual através do duto profilático do contraditório e da ampla defesa pautou-se na discussão acerca do *an debeatur* (ou seja, da exigibilidade ou não do cheque protesto), e não sobre o *quantum debeatur* (isto é, o valor efetivamente devido). 5. Realmente, o montante efetivo da dívida pode ser havido como superior ao mencionado no próprio cheque, do que dá exemplo o artigo 19 da Lei de Protestos (Lei n. 9.492/97), na dicção do qual o pagamento do título ou documento protestado não se limita ao valor declarado pelo apresentante, mas abrange também os "emolumentos e demais despesas [como as decorrentes da realização da intimação]". 6. Recurso especial improvido (STJ, REsp n. 369.470/SP, 2009, on-line).

Não obstante essa aparente falta de controvérsia acerca do tema, notadamente pela sua pacificação legislativa, não é possível desconsiderar que alguns aspectos tem sido levados em conta para (des)considerar essa orientação então vigente.

#### 4.2. QUESTÕES INCIDENTES

Como será visto na sequência, o STJ firmou em sede de recursos "repetitivos" que "*a legislação de regência estabelece que o documento hábil a protesto extrajudicial é aquele que caracteriza prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível*" (STJ, REsp n. 1.340.236/SP, 2015, on-line).

O c. Tribunal da Cidadania também firmou o entendimento, em outro julgado, de que "*sempre será possível, no prazo para a execução cambial, o protesto cambiário de cheque, com indicação do emitente como devedor*" (STJ, REsp n. 1.423.464/SC, 2016, on-line).

Não obstante, a jurisprudência contemporânea do c. STJ também tem reiteradamente decidido atualmente por considerar indevido o protesto de cheque prescrito. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. PROTESTO DE CHEQUE PRESCRITO. NÃO CABIMENTO. DANO MORAL. VALOR. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É indevido o protesto de título prescrito. Isto porque "*a perda das características cambiárias do título de crédito, como autonomia, abstração e executividade, quando ocorre a prescrição, compromete a pronta exigibilidade do crédito nele representado, o que desnatura a função exercida pelo ato cambiário do protesto de um título prescrito*". (AgRg no AREsp 593.208/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014). 2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Incidência do óbice da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp n. 1.751.755/RS, 2020, on-line).

Ao que se denota da Sessão administrativa do Órgão Especial do TJSP, de 18/10/2017, divulgada em vídeo através dos canais oficiais do e. Tribunal nas redes sociais, com extrato publicado no DJE de 19/10/2017, p. 62, a jurisprudência do c. STJ foi a motivação adotada na revogação do Enunciado de Súmula n. 17 da jurisprudência do e. TJSP.

De acordo com o relator, o enunciado da súmula se chocava com a jurisprudência do STJ, notadamente da análise do tema 902 do STJ, dos recursos "repetitivos", cujo paradigma foi o REsp n. 1.340.236/SP, e que assim estipulou:

A legislação de regência estabelece que o documento hábil a protesto extrajudicial é aquele que caracteriza prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível. Portanto, a sustação de protesto de título, por representar restrição a direito do credor, exige prévio oferecimento de contracautela, a ser fixada conforme o prudente arbítrio do magistrado (STJ, REsp 1.340.236/SP, 2016, on-line).

Assim, concluiu o relator que a Súmula batia de frente com o decidido sob a sistemática dos repetitivos pelo STJ, no sentido de que se a ação executiva não é mais possível, também não seria mais possível tirar o protesto do título, não se justificando mais

a vigência da Súmula. Ao final, foi acolhido o pedido de revogação do verbete, sendo o Relator acompanhado pelos seus pares.

Veja-se que, diante da controvérsia instaurada, é possível analisar as situações que atualmente influenciam no tema.

De acordo com Sergio José Luiz Bueno (2017, p. 203), se o fim do procedimento do protesto não é o de possibilitar a execução, mas sim, o de obter a satisfação da obrigação, a prescrição da pretensão de execução não obsta o protesto se subsistirem outras formas de cobrança. Dessa forma, enquanto existir algum meio judicial para se promover a satisfação da obrigação, o protesto em razão do inadimplemento sempre poderá ser lavrado.

Assim, se por força de lei o Tabelião de Protesto esteja impedido de investigar a prescrição, se o apresentante deliberou, por sua conta e risco, em apresentar determinado título ou outro documento de dívida ao protesto, não pode o Tabelião obstar a sua protestabilidade, sendo obrigado a praticar o ato.

Ora, a prescrição não é apenas o simples decurso do tempo. Vimos em capítulos anteriores que a prescrição, além de representar a perda da pretensão por inércia do titular de uma ação pelo seu não exercício, abrange outros requisitos.

Alguns deles, por certo, o Tabelião não tem como investigar.

A ausência de fato impeditivo, suspensivo ou extintivo do curso da prescrição é um deles. Como poderia o tabelião analisar esse tema através da simples apresentação do título ou do documento de dívida?

Essa questão é relevante. O protesto, por mais que envolva a participação do devedor, que é intimado para, nos termos da lei, conhecer do protesto e manifestar-se no prazo de três dias, não é procedimento por excelência sujeito ao contraditório, nem qualquer outra ferramenta que permita o exame e uma decisão segura sobre eventuais causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas do prazo prescricional.

O prazo de três dias é exclusivo para pagamento, reservando-se ao devedor o direito de alegar eventuais exceções apenas perante o juízo competente, submetendo suas questões ao crivo judicial, por intermédio de ação própria que, se acolhê-las, poderá sustar ou suspender os efeitos do protesto, a depender do momento em que exarada a ordem judicial, o primeiro (sustação) antes da lavratura, e o segundo (suspensão), após o registro.

Forçoso concluir que a prescrição, tal como visto, é ato realmente sujeito à reserva de jurisdição. A cognição do tabelião é bastante restrita e, diante disso, a própria exegese

do texto legal prima por reservar ao juiz a apreciação da ocorrência ou não da prescrição no caso concreto.

Nas palavras de Sergio Bueno:

Faz-se a exegese do texto legal (art. 9º da Lei n. 9.492/97) em conformidade com os princípios adequados de hermenêutica e atendimento à lógica formal e, mesmo que prevaleça o pensamento de que o protesto possa ser obstado em razão da prescrição, seja ela cambial ou civil (especial ou ordinária), por certo não cabe ao Tabelião reconhecer esse impedimento, restando ao devedor buscar o Juiz competente para esse mister. Poderá valer-se da medida cautelar de sustação de protesto ou de suspensão dos efeitos deste, se já lavrado, também como antecipação de tutela, se for o caso. Agiu com acerto o legislador ao proibir o Tabelião de pronunciar-se sobre essa matéria, relegando a alegação ou o reconhecimento, ainda que atualmente de ofício, apenas em juízo, em que há campo para o contraditório e para a ampla defesa, bem como o duplo grau de jurisdição (BUENO, 2017, p. 204-205).

Outro ponto, que não pode ser despercebido, diz respeito ao efeito da prescrição.

Como visto exhaustivamente no capítulo anterior, que tratou dos aspectos da prescrição, essa, na disciplina adotada pelo Código Civil brasileiro, é responsável por extinguir a pretensão, ou seja, a ação direcionada ao recebimento do crédito, não extinguindo o direito de crédito em si.

Em razão disso, não se pode repetir o que foi pago para solver dívida prescrita, nos termos do art. 882 do Código Civil.

Ora, se autorizado pelo ordenamento a possibilidade de pagar títulos prescritos, não se enxerga na prescrição um fundamento idôneo para, a priori, impedir-se o protesto, que cada vez mais vem assumindo feições de meio indireto de coerção para pagamento.

Sendo a prescrição uma punição a inércia do titular em exercer, em determinado prazo razoável previsto em lei, o direito de postular em juízo a perseguição do crédito, e apenas isso, não atingindo o crédito em si, nada impede o devedor que efetue o pagamento, mesmo após extinta a pretensão correspondente.

Esse pagamento não será tido como indevido, tal como previsto no art. 876 do Código Civil, e por isso mesmo não obrigará quem o receber a restituir ao pagador.

Da mesma forma, ressalta Sílvio de Salvo Venosa que os títulos de crédito prescritos "*não autorizam a ação executiva, sobrevivem à prescrição, pois podem ser cobrados por ação ordinária de enriquecimento sem causa, o que demonstra que o direito, na verdade, não se extingue*" (VENOSA, 2019, n.p.).

Outro aspecto a ser considerado diz respeito a possibilidade conferida ao devedor de renunciar à prescrição.

A possibilidade de renúncia a prescrição, como visto anteriormente, decorre de expressa previsão do art. 191 do CC, sendo possível depois de consumada, de forma expressa ou tacitamente.

O próprio pagamento realizado após o prazo da prescrição, por parte do devedor, pode ser entendido como renúncia a prescrição, considerando haver a prática de ato contrário ao interesse do devedor de ver reconhecida a extinção da pretensão e, por via transversa, impedir a satisfação do crédito.

Isso gera problemas até mesmo no âmbito judicial. Com a possibilidade do reconhecimento *ex officio* do prazo prescricional pelo magistrado, entendimento segundo o qual o devedor poderia ver a prescrição acolhida sem nem mesmo tê-la arguido o devedor, poderia resultar no tolhimento do direito dele de renunciá-la, se quisesse.

Com base nisso, defende-se que o pronunciamento judicial de prescrição deve ser precedido de provocação do réu, de modo que fique clara a sua intenção de não renunciar à prescrição, consoante o disposto no art. 191 do CC.

Para Yussef Said Cahali, esse entendimento seria aplicado apenas às ações que versam sobre as ações que versam sobre direitos patrimoniais (CAHALI, 2012. p. 48).

Não obstante, o Código de Processo Civil adotou parcialmente o entendimento da necessidade de oitiva da outra parte antes do reconhecimento judicial da prescrição ou decadência, consoante o disposto no art. 10 do CPC, que determina que não se pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A ressalva fica por conta do julgamento pela improcedência liminar do pedido (art. 487, § 1º do CPC). Nessa hipótese, o juiz pode reconhecer a existência de prescrição da pretensão exercida na ação, antes mesmo da oitiva da outra parte, julgando liminarmente improcedente o pedido.

Veja-se que, diante da celeuma acerca da possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição ante a possibilidade de renúncia da outra parte, com muito mais razão não se poderia permitir a rejeição do ingresso do título do registro por essa razão.

Nada impede o pagamento pelo devedor desse título, renunciando de forma tácita, ou seja, pela prática de ato (o pagamento) incompatível com a prescrição.

#### **4.3. DECISÃO DO STJ NO AGRG NO AGRG NO RESP 1.100.768/SE**

Obviamente, no que tange ao protesto, o direito tutela a boa-fé objetiva, e por isso mesmo, se uma dívida está prescrita, não pode o credor protestá-la por falta de pagamento, no intuito de coagir o devedor a pagá-la se não pode, sequer, demandar judicialmente acerca dessa dívida.

Como vimos, muito mais do que simples escopo probatório, o atual serviço de protesto tem servido como meio de coerção ao pagamento.

Na própria decisão em que o p. STF considerou constitucional o protesto de certidão de dívida ativa, como já vinha sendo defendido na doutrina, o Pretório Excelso reconheceu essa finalidade do protesto, ultrapassando a sua simples concepção tradicional (STF, ADI 5135/DF, 2018, on-line).

No entanto, o STJ já vinha entendendo como indevido o protesto de título prescrito, consoante reiteradas decisões tomadas acerca da matéria.

Essa orientação jurisprudencial teria sido a razão que prenunciou a revogação da Súmula 17 do TJSP. Esse mesmo tribunal também modificou o Item 16, Capítulo XV do Tomo II, das suas Normas de Serviço, com a redação<sup>[11]</sup> dada pelo anterior Provimento CGSP n. 27/2013.

A norma que expressamente vedava a análise da prescrição por parte do Tabelião de Protesto, em consonância com o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, e cujo espírito influenciou a criação da lei federal, foi modificada para suprimir essa proibição, consoante a redação dada pelo Provimento CGSP n. 43/2018.

Veja-se que a norma presente no Estado de São Paulo, em consonância com o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, e com a maioria dos Estados, inicialmente previa a impossibilidade de análise da prescrição, mas esse dispositivo teve o conteúdo suprimido, em prenúncio da celeuma jurisprudencial que nascia.

Isso porque não obstante a literalidade do texto legal, ou seja, mesmo diante da expressa redação do art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, o Superior Tribunal de Justiça, em

juízo proferido em novembro de 2014, decidiu o seguinte, conforme a ementa que segue transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PROTESTO DE DUPLICATA PRESCRITA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECONSIDEROU ANTERIOR PRONUNCIAMENTO A FIM DE DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO AUTOR. INSURGÊNCIA DO CREDOR. 1. O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em título e outros documentos de dívida, sendo hígido quando a obrigação estampada no título se revestir de certeza, liquidez e exigibilidade. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que o protesto de título de crédito prescrito enseja o pagamento de indenização por dano moral, que inclusive se configura *in re ipsa*. Precedentes. A duplicata prescrita serve apenas como princípio de prova da relação jurídica subjacente que deu ensejo a sua emissão, não possuindo a necessária certeza e exigibilidade que legitimam o portador a exigir seu imediato pagamento e, por conseguinte, a fazer prova do inadimplemento pelo protesto. 2. Em que pese o artigo 9º da Lei nº 9.492/97 estabelecer que não cabe ao tabelião investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade, é preciso observar a inovação legislativa causada pelo advento da Lei nº 11.280/2006, que alçou a prescrição ao patamar das matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, passando, portanto, o exame da prescrição a ser pertinente à observância da regularidade formal do título, condição para o registro de protesto, como exige o parágrafo único do mesmo art. 9º da Lei nº 9.492/97. 3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE, 2014, on-line).

Colhe-se que a decisão, embora siga uma lógica da envergadura jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, foi mais além do que até então vinha sendo decidido pelo colendo Tribunal da Cidadania, cuja competência constitucional é, por excelência, a interpretação da lei federal.

Além de vedar o ingresso no tabelionato de protesto do título em questão, por estar prescrito e, por esta razão, não possuir a necessária certeza e liquidez que legitimam o portador a exigir seu imediato pagamento e a fazer prova do inadimplemento pelo protesto, a decisão expressamente imputou ao tabelião o dever de examinar a prescrição dos títulos ou outros documentos de dívida submetidos ao protesto.



Na decisão, o Relator indicou que, tratando-se a prescrição de matéria de ordem pública, em razão da já tratada revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, o exame da prescrição remete a questão da regularidade formal do título, e nessa condição o tabelião deveria analisar esse aspecto ao qualificar o título ou outro documento de dívida.

Assim, propôs-se uma leitura mais moderna do art. 9º da Lei n. 9.492/1997.

De acordo com o Relator, sendo o protesto uma medida bastante gravosa ao devedor, ante o abalo do crédito que o registro de protesto gera, inclusive com a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, o título prescrito não poderia ser protestado, embora possíveis outras medidas de busca do crédito, sendo necessário que o Tabelião, como profissional do direito com função de assegurar a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, examine o ato e impeça o protesto nessas condições.

Por relevante, necessária transcrição do trecho do voto vencedor em que o Relator esmiuçou seu raciocínio, *verbis*:

Sem dúvida que o *caput* do art. 9º da Lei nº 9.492/97 encontra-se defasado, sustentando um entendimento sobre a prescrição superado pela legislação vigente. No entanto, enquanto não for expressamente derogado, precisa ser devidamente interpretado, em consonância com o ordenamento jurídico hodierno, principalmente pela gravidade do efeito material do registro público de protesto, que importa em publicidade do abalo creditício, provocando a automática inscrição nos cadastros de restrição de crédito, além de autorizar o requerimento de falência, quando o inadimplente for pessoa jurídica. Assim, faz-se necessário um esforço de interpretação dialético, progressivo, sistemático e teleológico, em busca do real significado e finalidade da norma jurídica em comento, para exata subsunção de seu enunciado ao fato concreto, como pressuposto da segurança jurídica. Por fim, vê-se que o oficial de registro público, no desempenho de sua função como garantidor da segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 2º da Lei nº 9.492/97), não pode ignorar a *quaestio ex officio* do prazo prescricional, que fulmina o título de crédito. Não se está a declarar que o credor não tenha o direito de ver adimplida a obrigação, ao contrário, está a se afirmar que existem os meios cabíveis (ação de enriquecimento ilícito, monitória, de cobrança, composição amigável), dentre os quais não consta o

protesto do título prescrito ante a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do documento, cujo procedimento tem como consequência a inserção do nome do inadimplente nos cadastros restritivos de crédito.

Essa interpretação que se propõe mais moderna, é uma tendência.

Tal situação foi antevista pelo e. Tribunal de Justiça de São Paulo ao revogar o verbete que tratava do tema e modificar ponto específico nas suas Normas de Serviço. Diante da divergência, optou o tribunal por extirpar a disposição do seu corpo normativo.

No caso de São Paulo, como vimos, a norma que expressamente vedada a análise da prescrição por parte do Tabelião de Protesto foi modificada para suprimir essa proibição, consoante o Item 16, Seção III, do Capítulo XV do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, modificada pelo Provimento CGSP n. 43/2018.

Aliás, consoante sublinha Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.), a ampliação da qualificação é uma tendência, de modo que não é tarefa fácil definir quais os limites da atuação do tabelião nesse ponto.

Em São Paulo, por exemplo, há norma específica que impede o protesto quando há indício de abuso de direito por parte do apresentante, como a existência de tempo considerável entre a data de emissão do título e a sua apresentação para protesto (itens 34 e 35 do Capítulo XV).

Dispositivos nesse sentido estão presentes em outras normativas estaduais, algumas das quais já destacadas anteriormente, no capítulo destinado ao estudo da qualificação de títulos, e que se propunham a essa mesma ampliação, em que pese se encontrar muita divergência acerca da abrangência desse poder-dever do Tabelião, em razão de as normas Estaduais preverem atuações mais ou menos largas para a hipótese.

Não há mesmo como indicar unanimidades nessa questão, pois como visto, na norma estadual de Mato Grosso, por exemplo, o tabelião não poderia analisar a falsidade do título para obstar o protesto.

No entanto, o Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) defende que não se pode falar em jurisprudência consolidada do c. STJ imputando esse dever de analisar a prescrição ao tabelião, pois, na verdade, o assunto relativo à eventual responsabilização do tabelião de protesto não era o centro da discussão nesse julgado.

De fato, ao se analisar a competência do tabelião e as questões de reserva jurisdicional, fica difícil, pela falta de um procedimento que assegure o contraditório,

permitir que o tabelião negue seguimento ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, em razão da prescrição.

A decisão do STJ considerou essa tendência. Entretanto, a questão não parece ser tão simples.

Há, realmente, certo movimento jurisprudencial que aponta para uma possível adequação legislativa futura, tal como sinalizado pela indigitada decisão do c. STJ. Todavia, há ainda dissenso na doutrina, por todas as questões abordadas, acerca dessa posição.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira, por exemplo, expõe que:

Além de não enxergamos nenhuma revogação tácita (há compatibilidade entre o Código Civil e a LP: tabelião não é juiz), a análise da prescrição depende do exame de fatos externos ao título para identificar hipóteses de suspensão e de interrupção do prazo prescricional, o que não é da alçada do tabelião, e sim de um juiz. Temos que o apresentante é o responsável por eventual prescrição do título protestado (OLIVEIRA, 2020, n.p.).

#### **4.4. IMPACTOS DO EXERCÍCIO DESSA QUALIFICAÇÃO NA PRÁTICA**

Na prática, o que se tem atualmente, consoante os estudos realizados até aqui, é que o protesto, sendo ato do apresentante, é de responsabilidade deste.

Assim, caso um título prescrito ingresse no registro, o tabelião não pode ser responsabilizado, por exemplo, por danos morais advindos da situação.

Considerando que a prescrição é expressamente excluída pela lei da análise do título ou outro documento de dívida, por ocasião da qualificação, não pode ser considerado um caractere formal, e assim escapa da competência do referido profissional do Direito.

Logo, é possível que determinado credor apresente um título cuja eficácia executiva encontra-se prescrita, se não agir com abuso de direito. Esse título ingressará no protesto e poderá implicar na restrição de crédito do devedor, resultando em meio coercitivo para o seu pagamento.

Partindo-se, todavia, do entendimento de que a prescrição obsta o protesto do título, passando a integrar a esfera de competência do tabelião de analisar as questões formais dentro do juízo de qualificação, passa-se a obstar o ingresso do título, de modo que ao credor sobrar apenas o ingresso de outras medidas coercitivas, a exemplo da ação

monitória ou de cobrança, sujeitas a prazos prescricionais maiores, no geral, que a ação executiva de rito especial.

Essa interpretação, contudo, não parece consentânea com tudo o que foi discutido até então.

Conforme ressaltado alhures, entretanto, a decisão do STJ parece isolada e, embora não implique em uma mudança de entendimento, indica uma tendência de ampliar a competência do tabelião em proceder na qualificação de títulos e outros documentos de dívida.

## **5. CONCLUSÃO**

Ao longo dos estudos realizados, identificou-se que o protesto é instituto secular, cuja função modificou-se ao longo das eras, a ponto de ser apontada vocação para finalidade não necessariamente prevista no conceito legal, mas com aceitação doutrinária e jurisprudencial consolidada.

Hoje, o protesto funciona claramente não apenas para sua finalidade tradicionalmente probatória, mas como verdadeiro meio de recuperação de ativos, fato corroborado por estudos realizados por entidades representativas dos órgãos de protesto. O Protesto é realmente importante para o desenvolvimento econômico, pois estando presente em diversas localidades, havendo mais de três mil serventias dedicadas a essa função notarial espalhadas pelo País, a população passa a dispor de instrumento barato e acessível para reaver créditos inadimplidos, sem contar os avanços relacionados à operação do protesto através da internet.

Lado outro, viu-se também que o protesto é ato do tabelião, que instrumentaliza a vontade da parte apresentante, de acordo com a doutrina mais abalizada, e que passa por juízo de qualificação, poder-dever do tabelião de analisar a legitimidade do protesto quanto às normas legais e regulamentares, em relação aos seus caracteres formais (art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997).

Em sequência, discorreu-se acerca do instituto da prescrição. Mais adiante, analisou-se como essa questão poderia ser afeta aos títulos e outros documentos de dívida.

Por fim, analisou-se os diversos aspectos específicos que podem influenciar ou não acerca da resposta à pergunta, quanto à possibilidade ou não de se impor ao tabelião à análise da prescrição de títulos ou outros documentos de dívida.

Tecidas todas essas considerações, a partir da análise das variáveis existentes, bem como de todas as consequências dos atos, é possível indicar que a análise do protesto no ato de qualificação do título ou outro documento de dívida não é impossível, mas dentro

das possibilidades, a atuação do tabelião é limitada pelas balizas regulamentares e a própria natureza da sua função.

A atividade de qualificação, como ponto de convergência entre as raízes e natureza jurídica do próprio protesto, e a natureza jurídica, limites e funções da função de qualificação, permite inferir que, como profissional do direito, é possível que o tabelião de protesto vá além, de modo a prestar sua atividade da melhor forma possível, atendendo à expectativa das partes.

A questão pode ser solucionada da seguinte forma: se o título ou outro documento de dívida está prescrito, não há, via de regra, um óbice para o protesto.

Se a responsabilidade do protesto é do apresentante, mesmo que considerado se tratar de um ato "misto", que envolve o interesse do apresentante e a atividade do Tabelião de Protesto, cabe ao apresentante responder pelo protesto de títulos prescritos, excluindo-se qualquer responsabilização do tabelião, até porque este não pode, por vedação legal, analisar a prescrição.

Por mais que haja um julgado do STJ expressamente imputando essa obrigação ao tabelião, essa não era a questão central do julgamento, e a menção, em *obiter dictum*, não tem caráter vinculante.

A interpretação que parece ser a mais adequada e consentânea com a natureza da atividade e dos institutos é a de tratar a análise da prescrição até mesmo como necessária pelo Tabelião, realizada dentro do seu mister, mas que, se existente, não tenha o efeito de obstar o protesto pleiteado pelo apresentante.

A natureza da atividade do Tabelião está muito ligada à defesa e zelo pela segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos a ele submetidos.

De acordo com Aflaton Castanheira Maluf, para as funções notariais e/ou registrais, haverá real segurança jurídica " *quando o ato praticado estiver de acordo com as normas pertinentes, observando, em corolário, os critérios temporal e espacial. Em outras palavras, o ato notarial/registral materializado deve estar revestido das formalidades legais que lhe são afetas*" (2018, p. 40).

Assim, o tabelião, ao receber título ou documento de dívida para exercer sua qualificação, visando a identificar a protestabilidade do título, deve, ao verificar a existência de algum óbice direcionado à prescrição, alertar ao apresentante acerca da sua existência.

Deve-se tão somente orientar o apresentante acerca das consequências práticas dos atos praticados, notadamente das consequências advindas do protesto de um título ou outro documento de dívida que esteja prescrito.

Se o apresentante, ciente da prescrição, parece agir em abuso de direito, e esteja presente a possibilidade de o tabelião agir, segundo a norma estadual, como ocorre com alguns estados, aí sim deve agir para coibir o ingresso do título no protesto, submetendo, em caso de irresignação do apresentante do título, as questões ao juízo competente.

Se, todavia, ciente da prescrição, não estão presentes quaisquer elementos que permitam inferir que haja, ali, exercício abusivo do direito de protestar, estando ciente o apresentante das consequências dos seus atos, não deve ser obstado o protesto.

De posse dessas informações, deve ser escolhida pelo apresentante, por sua conta e risco, optar por efetivar ou não o protesto, ciente das implicações jurídicas dos seus atos, bem como das consequências que possam advir dela.

Essa interpretação é consentânea com o dever do tabelião de assegurar a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos postos à sua apreciação.

Isto porque o postulado da segurança jurídica exige que o poder público zele pelo respeito de situações jurídicas consolidadas no tempo.

Como bem defende Luiz Guilherme Loureiro, o direito notarial e registral tem por objetivo o desenvolvimento normal e sadio das relações jurídicas, mediante a observância de regras, princípios e instituições que buscam evitar a situação anormal, patológica ou duvidosa, que poderia levar as partes a conflitos e diferenças na defesa das pretensões resultantes de ditas relações (LOUREIRO, 2017, p. 47).

Anote-se que aos tabeliães reserva-se uma função de assessoramento, de orientação das partes. Como bem enfatiza Luiz Guilherme Loureiro, "*o notário aconselha e aproxima as partes por ocasião da sua intervenção em atos e negócios jurídicos*" (LOUREIRO, 2017, p. 62).

O tabelião é profissional de direito, por excelência, com a função de formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo, e de autenticar fatos (art. 6º da Lei n. 8.935/1994).

Os tabeliães de protesto são tabeliães. Mesmo que essas funções sejam mais consentâneas com a atividade desempenhada pelo tabelião de notas, também se aplicam à atividade do tabelião de protesto, que deverá proceder da mesma maneira.

Deste modo, se é um dever do tabelião velar pela autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos de particulares, espera-se uma postura ativa da intervenção, justamente para se evitar violações ou lesões a direitos e interesses tutelados por ela. Entendimento contrário implicaria em perda de confiança do cidadão no sistema, já que resultará na possibilidade de que o ingresso do título ou outro documento de dívida sob o olhar qualificatório do tabelião não implique em garantia da segurança e eficácia do que lhe foi confiado para exame.

Se optar por não desistir do protesto, deve prevalecer a sua decisão. Caso contrário, o ingresso do título dentro das hipóteses legais é de rigor, para assegurar o direito do apresentante de protestar o título que se encontra regular em seus caracteres formais.

Não se pode permitir uma análise peremptória, a induzir que o tabelião tenha o poder de negar o ingresso do título ou outro documento de dívida de forma definitiva no protesto, pelo simples fato de estar prescrito.

Como vimos, o tabelionato do protesto não é instância sujeita ao contraditório, de modo que se assegure legitimidade suficiente para declarar prescrição, ato jurisdicional.

É plenamente possível que o devedor pague a dívida, renunciando à prescrição, dívida que será irrepetível por expressa previsão legal (art. 882 do Código Civil).

Também pode estar presente situação que impeça, de alguma forma, a fluência do curso do prazo prescricional, situação que o Tabelião muitas vezes não tem condição de identificar da simples análise do título, ou mesmo de indagar a qualquer das partes, justamente pela falta de previsão de um procedimento que assegure ampla liberdade às partes de formularem alegações, sujeitas aos princípios da ampla defesa e contraditório, dentro do Tabelionato.

Em última instância, não é possível desconsiderar a redação da Lei de Protesto, que está em plena vigência, não obstante o decidido pelo STJ no âmbito do AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE.

Não se pode perder de vista, por fim, que a prescrição da pretensão executiva, relacionada ao rito especial do CPC destinado aos títulos líquidos, certos e exigíveis não retira do credor o direito de pleitear judicialmente a dívida com base na prova escrita sem eficácia de título executivo, ou até mesmo por intermédio de procedimento comum, sujeito a ampla dilação probatória.

Nem todas as possibilidades podem ser antevistas de plano pelo Tabelião, de modo que deve ser assegurado ao credor, sob sua responsabilidade, optar por correr ou não o risco de protestar títulos ou outros documentos de dívida prescritos.

Se o tabelião não tem condições de aferir, e desde já descartar, todas as possibilidades de pretensão por parte de credor, não deve, ainda que sua qualificação técnica possa lhe permitir, obstar o protesto.

Assim, realmente lhe cabe tão somente zelar pela regularidade do registro de protesto, com base nos instrumentos legais e regulamentares, e estando de acordo, caso identifique circunstância relevante, informar o interessado acerca do ato.

Por mais que se enxergue a possibilidade de uma evolução quanto à possibilidade de análise do protesto na qualificação, de modo que a prescrição possa, algum dia, efetivamente obstar o protesto, esse ainda não é o panorama atual.

Logo, a conclusão é a de que, levando em consideração todas as hipóteses levantadas, bem como as discussões jurídicas e implicações práticas da tomada de decisão pelo tabelião, não é possível impor ao tabelião a análise da prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto, considerando a vedação legal, atualmente prevista no art. 9º, caput da Lei dos Protestos.

Todavia, o tabelião deve: (i) investigar a ocorrência de prescrição tão somente tendo em vista seu dever de assessoramento e zelo pela segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos a eles submetidos, visando informar as partes e prevenir litígios acerca de responsabilidade civil, a que possam estar sujeitos em razão do protesto supostamente indevido, consoante definido pela jurisprudência; (ii) lavrar protestos de títulos ou documentos de dívida prescritos, quando o apresentante, mesmo ciente das implicações práticas do ato que pretende que o Tabelião lavre, insiste no registro; (iii) negar o protesto de títulos ou documentos de dívida prescritos apenas quando houver permissão na legislação estadual, a exemplo das normas que autorizem um juízo negativo de qualificação quando constatado indícios de intuito emulatório ou de abuso de direito por parte do apresentante, considerando que, nos demais casos, a norma proibitiva do art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, ainda plenamente vigente, considerando o disposto no art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) deve prevalecer.

Sugere-se que, no caso da hipótese destacada no item “ii” acima indicado, se exija do apresentante algum termo de consentimento informado, que especifique o vício encontrado, relativo à prescrição, onde este declare ciência expressa acerca das eventuais consequências práticas que possam advir da situação.



## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Protesto**: caracterização da mora, inadimplemento obrigacional. 4. Ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ACRE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 10, de 07 de março de 2016**. Atualiza e revisa o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Acre. Disponível em: <[https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/Provimento\\_COGER\\_TJAC\\_10\\_2016.pdf](https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/Provimento_COGER_TJAC_10_2016.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

ALAGOAS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 16, de 23 de setembro de 2019**. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral. Disponível em: <<https://cgj.tjal.jus.br/cnnr.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMADEI, Vicente de Abreu; DIP, Ricardo (Coordenador) et. al. **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Fabris Editor – IRIB, 2004.

AMELOTTI, Mario. **La prescrizioni delle azioni in diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1958.

AMAPÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 310, de 17 de março de 2016**. Provimento-geral da Corregedoria. Disponível em: <[https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/corregedoria/Atos\\_Normativos/provimento\\_geral\\_corregedoria\\_tjap.pdf](https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/corregedoria/Atos_Normativos/provimento_geral_corregedoria_tjap.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMAZONAS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 278, de 30 de junho de 2016**. Aprova a minuta de regulamentação do serviço extrajudicial do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.tjam.jus.br/images/2019/EXTRAJUDICIAL/republica%C3%87%C3%83o\\_do\\_manual\\_do\\_extrajudicial\\_constante\\_no\\_provimento\\_n%C2%BA\\_278-2016-cgj-am.pdf](https://www.tjam.jus.br/images/2019/EXTRAJUDICIAL/republica%C3%87%C3%83o_do_manual_do_extrajudicial_constante_no_provimento_n%C2%BA_278-2016-cgj-am.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, RT 300:7, out. 1960, reproduzido na RT, 711:725-6, out. 1997.

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL - ANOREG/BR. **Cartório em Números**: capilaridade, serviços eletrônicos, cidadania e confiança, serviços públicos que nada custam ao Estado e que beneficiam o cidadão em todos os municípios do País. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Cartório-em-números-1.pdf>> Acesso em 19 jan. 2021.

BAHIA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto n. 03, de 30 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre o Código de Normas e Procedimentos de Serviços Notariais e Registros do Estado da Bahia (CNP-BA). Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/extrajudicial/wp-content/uploads/2020/03/REPUBLICA%C3%87%C3%83O-CORRETIVA-PRIVIMENTO-03.2020-C%C3%93DIGO-DE-NORMAS.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, v. 1.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê Digitalizado do Projeto de Lei n. 915/1995**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01k6s3ksknuti01t1m5ruac8e1r7830830.node0?codteor=1134864&filename=Dossie+-PL+917/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01k6s3ksknuti01t1m5ruac8e1r7830830.node0?codteor=1134864&filename=Dossie+-PL+917/1995)>. Acesso em 07 fev. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/65>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento CNJ n. 45, de 13 de maio de 2015**. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_45\\_13052015\\_16032018110706.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_45_13052015_16032018110706.pdf)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento CNJ n. 89, de 18 de dezembro de 2019**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original173255201912195dfbb44718170.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908**. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Coleção das Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1908, v. 1, p. 216.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966**. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1966. p. 1.115.

BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Colleção das Leis do Império do Brasil de 31/12/1850, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1850. p. 57-238.

BRASIL. **Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949.** Define o ano civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 16 set. 1949. p. 13.361.

BRASIL. **Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968.** Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jul. 1968. p. 6.121.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1973. p. 13.528.

BRASIL. **Lei n. 7.357, de 2 de setembro de 1985.** Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 nov. 1985. p. 12.897.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1 (suplemento).

BRASIL. **Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios) Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1994. p. 17.500.

BRASIL. **Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1997. p. 20.152.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 ago. 2004. p. 17.

BRASIL. **Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.** Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e

rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 fev. 2006. p. 2.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 11 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 13.775, de 20 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural; altera a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2018. p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, **REsp n. 1.126.515/PR**, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2013, DJe 16/12/2013. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900420648&t\\_publicacao=16/12/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900420648&t_publicacao=16/12/2013)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **AgInt nos Embargos de Declaração no AgInt nos Embargos de Declaração no AREsp n. 1.655.610/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/10/2020, DJe 29/10/2020. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000208637&t\\_publicacao=29/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000208637&t_publicacao=29/10/2020)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.347.715/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.11.2014, DJe 04/12/2014. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201917415&t\\_publicacao=04/12/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201917415&t_publicacao=04/12/2014)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.460.474/PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/08/2018, DJe 03/09/2018. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401428732&t\\_publicacao=03/09/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401428732&t_publicacao=03/09/2018)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.749.812/PR**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2019, DJe 19/09/2019. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801526826&t\\_publicacao=19/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801526826&t_publicacao=19/09/2019)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 369.470/SP**, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200101321306&t\\_publicacao=23/11/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101321306&t_publicacao=23/11/2009)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no AREsp n. 1.111.952/SC**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 19/10/2020, DJe 16/11/2020. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701293540&t\\_publicacao=16/11/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701293540&t_publicacao=16/11/2020)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no AREsp n. 1.305.152/MT**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 02/04/2019, DJe 08/04/2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801350180&t\\_publicacao=08/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801350180&t_publicacao=08/04/2019)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no REsp n. 1.751.755/RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/12/2020, DJe 02/02/2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801629156&t\\_publicacao=02/02/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801629156&t_publicacao=02/02/2021)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no Ag n. 1.014.710/SP**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10/08/2010, DJe 25/08/2010. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800329616&t\\_publicacao=25/08/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800329616&t_publicacao=25/08/2010)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE**, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 11/11/2014, DJe 17/11/2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802423169&t\\_publicacao=17/11/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802423169&t_publicacao=17/11/2014)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no AREsp n. 163.318/SP**, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 14/09/2020, DJe 17/09/2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200685084&t\\_publicacao=17/09/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200685084&t_publicacao=17/09/2020)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **REsp n. 576.185/SP**, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07/09/2009, DJe 08/06/2009. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200301393361&t\\_publicacao=08/06/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301393361&t_publicacao=08/06/2009)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **RMS 17.400/SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ o Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ). j. 21/06/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200302047441&t\\_publicacao=03/11/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302047441&t_publicacao=03/11/2011)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.340.236/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/10/2015, DJe 26/10/2015. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201765210&t\\_publicacao=26/10/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201765210&t_publicacao=26/10/2015)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.398.356/MG**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2016, DJe 30/03/2016. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201302687882&t\\_publicacao=30/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302687882&t_publicacao=30/03/2016)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.423.464/SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2016, DJe 27/05/2016. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201304008052&t\\_publicacao=27/05/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304008052&t_publicacao=27/05/2016)>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 503**. Disponível em:

<[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2447/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2447/Sumulas_e_enunciados)>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 504**. Disponível em:

<[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2448/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2448/Sumulas_e_enunciados)>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, **HC 85.911-9/MG**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, DJe 02/12/2005. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93653/false>>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 2.415/SP**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 22/09/2011, DJe 09/02/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718027>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 5.135/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/11/2016, DJe 07/02/2018. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Súmula n. 149**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1986>>. Acesso em 25 fev. 2021.

BUENO, Sérgio Luiz José. **Tabelionato de protesto**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção Cartórios).

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed., São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Justiça multiportas**. 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/justica-multiportas.html>>. Acesso em 01 fev. 2021.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. **Da prescrição e da decadência**. 4ª Ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CEARÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 08, de 10 de novembro de 2014**. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará. Disponível em: <<https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/CNNR-atual-04.06.2020-%C3%9Altima-Vers%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, paginação irregular (versão em e-book).

CIMMA, Maria Rosa. **Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio**. In: *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1996. v. XIV.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 23ª Ed., RT: São Paulo, 2019, v. I, paginação irregular (versão em e-book).

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, paginação irregular (versão em e-book).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Sobre a qualificação no registro de imóveis**. In: *Revista de Direito Imobiliário*, 29. São Paulo: RT, 1992.

DISTRITO FEDERAL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento-geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal aplicado aos serviços notariais e de registro**. Estabelece normas e instruções destinadas à uniformização, esclarecimento e orientação quanto aos dispositivos legais aplicáveis aos serviços notariais e de registro do Distrito

Federal. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/provimentos/provimento-geral-da-corregedoria-aplicado-aos-servicos-notariais-e-de-registro>>. Acesso em 20 jan. 2021.

EL DEBS, Martha. **Legislação notarial e de registros públicos comentada artigo por artigo**. 4ª Ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

ESPIRITO SANTO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça - Foro Extrajudicial - Tomo II**. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/corregedoria/legislacao/codigo-de-normas/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julho de 1889 – Código Civil Espanhol, art. 1.961**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em 19 jan. 2021.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas I**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2018 (Coleção Cartórios).

GARCIA, Raquel Duarte. **Protesto de títulos de créditos e documentos de dívida como solução extrajudicial para recuperação e execução de crédito**. 2013. Disponível em: <<http://www3.mcampos.br:84/u/201503/raquelduartegarciaprotostodetitulosdedecreditosedocumentosdedivida.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2021.

GALLO, Paolo. **Prescrizione e decadenza in diritto comparato**. Digesto delle discipline privatistiche. Torino: UTET, 1996, v. XV.

GOIÁS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 46, de 21 de dezembro de 2020**. Institui o Código de Normas e Procedimentos do Foro Extrajudicial do Poder Judiciário do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://tjdocs.tjgo.jus.br/documentos/558029>> Acesso em 20 jan. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 18ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. I.

ITÁLIA. **Regio Decreto n. 262, de 16 de março de 1942 - Codice Civile, art. 2.934**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig=>>>. Acesso em 12 jan. 2021.

JACOMINO, Sérgio. **Qualificação registral**: nótula sobre a terminologia do mister registral. Disponível em: <[https://cartorios.org/2013/01/08/qualificacao-registral-questao-de-terminologia/#\\_ftn1](https://cartorios.org/2013/01/08/qualificacao-registral-questao-de-terminologia/#_ftn1)>. Acesso em 24 jan. 2021.



LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. Ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

MALUF, Aflaton Castanheira. **Normas constitucionais relevantes a notários e registradores**. Leme: Habermann Editora, 2018, p. 14.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARANHÃO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Maranhão**. Disponível em: <[https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/C%C3%B3digo\\_de\\_Normas/5392c187a550d202865bb2e64e6383c9.pdf](https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/C%C3%B3digo_de_Normas/5392c187a550d202865bb2e64e6383c9.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12º Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATO GROSSO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 42, de 29 de dezembro de 2020**. Aprova o Código de Normas Gerais da

Corregedoria-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial - CNGCE. Disponível em <<http://corregedoria.tjmt.jus.br/arquivo/8df946cc-bd6f-4dd9-871a-ed3d5e973569/provimento-n-42-2020-cngce-assinado-pdf>> Acesso em 20 jan. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 240, de 10 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a Consolidação Normativa Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-Geral da Justiça do estado de Mato Grosso do Sul (Código de Normas). Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/webfiles/SPGE/revista/20201216190125.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

MINAS GERAIS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93, de 22 de junho de 2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto extrajudicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 35.

NALINI, José Roberto. **Parecer n. 552/1986**, referente ao processo n. 78.715/1986. In: *Decisões Administrativas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo*. Coord. Des. Sylvio do Amaral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. **Constituições da América Latina e Caribe**. Brasília: FUNAG, 2010, v. 5.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Limites da qualificação de títulos pelo tabelião de protestos**: prescrição, cálculos e outras questões. Brasília: Migalhas notariais e registrais, dez. 2020. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/337878/limites-da-qualificacao-de-titulos-pelo-tabeliao-de-protestos--prescricao--calculos-e-outras-questoes>> Acesso em 24 jan. 2021.

PARÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto CJRMB/CJCI, n. 02, de 31 de janeiro de 2019**. Atualiza e revisa o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=824163>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PARAÍBA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 03, de 26 de janeiro de 2015**. Institui o Código de Normas Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: <<https://corregedoria.tjpb.jus.br/legislacao/codigo-de-normas-cgjpb-extrajudicial/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PARANÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 249, de 30 de setembro de 2013**. Dispõe acerca do novo Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas-foro-extrajudicial>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, paginação irregular (versão em e-book).

PERNAMBUCO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 20, de 20 de novembro de 2019**. Dispõe sobre o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/145643/Codigo+de+Normas+atual.+at%C3%A9+Prov+01.2018+DJE+09fev2018.pdf/3c55cd42-f995-5d6d-6921-87c7e8e8e6b5>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PERU. **Decreto Legislativo n. 295, de 24 de julho de 1984 - Código Civil Peruano, art. 1.989.** Disponível em: <<https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/>>. Acesso em 19 jan. 2021.

PIAUÍ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 17, de 27 de agosto de 2013.** Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/vice-corregedoria/codigo-de-normas-e-procedimentos-dos-servicos-notariais-e-de-registro/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito cambiário.** Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956, v. 6.

QUALIFICAÇÃO. In: MICHAELIS, **Dicionário Online de Português.** Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=qualifica%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 19 jan. 2021.

QUALIFICAR. In: **Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa.** Lisboa: Verbo, v. II, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 29ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. II, paginação irregular (versão em e-book).

RIBEIRO, Luís Paulo Aliente. **Regulação da função pública notarial e registral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO DE JANEIRO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 10, de 07 de março de 2016.** Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça - Parte Extrajudicial. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/consultas/legislacao/consolidacao-normativa-parte-extrajudicial>>. Acesso em 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 154, de 13 de setembro de 2016.** Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/codigos/codigo-de-normas-da-corregedoria/10495--1105/file>>. Acesso em 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 32, de 16 de novembro de 2006.** Consolidação Normativa Notarial e Registral. Atualização e Revisão.

Disponível em:

<[https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/2019/CNNR\\_CGJ\\_Fevereiro\\_2019\\_Provimento\\_002\\_2019.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/2019/CNNR_CGJ_Fevereiro_2019_Provimento_002_2019.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial**. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2016.

RONDÔNIA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 14, de 08 de novembro de 2019**. Dispõe sobre a revogação do Provimento n. 018/2015-CG, e publicação das Diretrizes Gerais Extrajudiciais do Estado de Rondônia. Disponível em: <[https://tjro.jus.br/corregedoria/images/diretrizes\\_extra\\_judiciais/Diretrizes\\_Gerais\\_Extrajudiciais-PROVIMENTO\\_n\\_14-2019.pdf](https://tjro.jus.br/corregedoria/images/diretrizes_extra_judiciais/Diretrizes_Gerais_Extrajudiciais-PROVIMENTO_n_14-2019.pdf)>. Acesso em 20 jan. 2021.

RORAIMA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 001, de 02 de fevereiro de 2017**. Institui o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Roraima. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/Provimentos/Corregedoria/2017/001comp.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RÚSSIA. **Código Civil Russo, art. 195 (tradução livre)**. Disponível em: <[https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/afe0e3d958e3e2cf1f84bd1c0372423758fd5200/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/afe0e3d958e3e2cf1f84bd1c0372423758fd5200/)> Acesso em 19 jan. 2021.

SANTA CATARINA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça (CNCGJ)**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/codigo-de-normas-da-cgj>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínio e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática**. São Paulo: Mirante, 2011.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Apontamentos sobre o protesto notarial**. 2013. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20032013-142914/publico/Apontamentos\\_sobre\\_o\\_Protesto\\_Notarial\\_Reinaldo\\_Velloso\\_dos\\_Santos.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20032013-142914/publico/Apontamentos_sobre_o_Protesto_Notarial_Reinaldo_Velloso_dos_Santos.pdf)>. Acesso em 24 jan. 2021.

SÃO PAULO. 1º Vara de Registros Públicos. **Pedido de Providências n. 1027493-62.2019.8.26.0100**. Juíza Tânia Mara Ahualli, j. 24/04/2019 DJe 24/04/2019. Disponível em: <<http://kollsys.org/n7s>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 16.649/1997**. Rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 01/09/1997, DJe 10/09/1997. Disponível em: <<http://kollsys.org/fp2>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 161.302/2018**. Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 14/02/2019, DJe 19/02/2019. Disponível em: <<http://kollsys.org/mvc>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 211.185/2017**. Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 08/03/2018, DJe 19/03/2018. Disponível em: <<http://kollsys.org/lhx>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 58, de 28 de novembro de 1989**. Aprova as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, destinadas aos cartórios extrajudiciais e dispostas nos Capítulos XIII ao XX (Tomo II). Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=121929>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula n. 17**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPrivado/Noticias/Noticia?codigoNoticia=8823>>. Acesso em 25 fev. 2021.

SÃO PAULO. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo - 19/10/2017**. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=12&nuDiario=2453&cdCaderno=11&nuSeqpagina=1>>. Acesso em 24 jan. 2021.

SÃO PAULO. **Seção Administrativa do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 18/10/2017**. Fragmento compreendido entre 1h34min00seg a 1h35min55seg. São Paulo: Órgão Especial do TJSP, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HB1jXXJDAPY&feature=youtu.be>>. Acesso em 24 jan. 2021.

SARAIVA, Jose Antonio. **A cambial**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 135.

SAVIGNY, Federico Carlo di. **Sistema del diritto romano attuale**. Tradução: Vittorio Scialoja. Torino: UTET, 1893. v. V, § 237, p. 309.

SCHREIBER, Anderson et.al. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, paginação irregular (versão em e-book).

SERGIPE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 23, de 01 de dezembro de 2008**. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral da

Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em:

<<https://www.tjse.jus.br/corregedoria/arquivos/documentos/extrajudicial/consolidacao-normativa-extrajudicial-atualizada-ate-prov08-2020.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SILVA, Luiz Ricardo. **O protesto dos documentos de dívida**. Porto Alegre: Norton Livreiro, 2004, p. 117.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184-185.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 1º. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular (versão em e-book).

TOCANTINS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 02, de 24 de janeiro de 2013**. Institui o Manual de Normas de Serviço Notarial e Registral do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://corregedoria.tjto.jus.br/images/arquivos/prov0213-instituimanualextrajudicial.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 3. Ed., Milano: Ed. Francesco Vallardi, 2012, v. III.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17ª Ed., São Paulo, Atlas, 2017, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2019.

NOTAS:

---

[1] Nesse sentido, o art. 1º, *caput*, da Lei n. 6.015/1973, com redação dada pela Lei n. 6.216/1975, dispõe o seguinte: "*Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.*" Da mesma maneira, o art. 1º da Lei n. 8.935/1994 – "*Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*" – e o art. 2º da Lei n. 9.492/1997 – "*Os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei*".

[2] Em interessante caso submetido à Suprema Corte, examinou-se a conduta de um Registrador de Imóveis que, dentro da sua atribuição de qualificação do título, rejeitou o ingresso na Matrícula de determinado mandado judicial, para os fins de sua configuração como crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal. Entendeu o Pretório Excelso, nos termos do voto relator, pela impropriedade da imputação: "*O*

*paciente limitou-se a cumprir dever imposto por lei, pela Lei dos Registros Públicos. Examinando título emanado da jurisdição cível especializada do trabalho - carta de adjudicação -, percebeu que não se contaria, no instrumento, com informações e peças exigidas por lei. Como lhe cumpria fazer e diante, ao que tudo indica, de resistência da parte interessada, suscitou a dúvida e aí, mediante pronunciamento que veio a se fazer coberto pela preclusão maior, o Juízo da Vara dos Registros Públicos disse do acerto da recusa em proceder de imediato ao registro, consignando, inclusive, que a observância das exigências legais, após a dúvida levantada, não seria de molde a obstaculizar a decisão. (...) Assim, não é indispensável definir sobre a possibilidade de se ter, como agente do crime de desobediência, pessoa que implemente atos a partir de função pública, valendo notar, de qualquer maneira, que se procedeu não na condição de particular, não considerado o círculo simplesmente privado, mas por força de delegação do poder público, tal como previsto no artigo 236 da Constituição Federal. O que salta os olhos é a impropriedade da formalização do procedimento criminal, provocado que foi por visão distorcida do órgão da Justiça do Trabalho, como se o Direito não se submetesse à organicidade." (STF, 1ª Turma, HC 85.911-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, DJe 02/12/2005).*

[3] De acordo com o Código Civil Peruano, em seu art. 1.989: "*La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo*".

[4] Segundo o Código Civil Espanhol, art. 1.961: "*Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley*".

[5] Pelo Código Civil Russo, o art. 195 dispõe o seguinte "*o prazo de prescrição da ação é o prazo durante o qual pode agir a pessoa cujo direito seja violado, para defendê-lo*" (tradução livre).

[6] O art. 194 do Código Civil ("*O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*"), foi revogado pela Lei n. 11.280/2006, deixando clara a intenção do legislador de manter a prescrição cognoscível *ex officio* pelo magistrado, opção ilustrada por dispositivos tanto do CPC vigente à época (art. 219, § 5º, CPC/1973), quanto do atual CPC (art. 332, § 1º do CPC/2015).

[7] Nesse sentido, o Enunciado n. 149, da Súmula da jurisprudência do STF: "*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*."

[8] Enunciado n. 14 da I Jornada de Direito Civil: "*1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o*

*art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".*

[9] Nesse sentido, o Enunciado n. 531, da Sumula da jurisprudência do STJ: "*Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula*".

[10] O Enunciado de súmula n. 17, do Tribunal de Justiça de São Paulo tinha a seguinte redação: "*A prescrição ou perda de eficácia executiva do título não impede sua remessa a protesto, enquanto disponível a cobrança por outros meios*".

[11] A redação do mencionado item, com as modificações do Provimento CGSP n. 27/2013, e atualmente revogado, era a seguinte: "*16. Na qualificação dos títulos e outros documentos de dívida apresentados a protesto, cumpre ao Tabelião de Protesto de Títulos examiná-los em seus caracteres formais, não lhe cabendo investigar a ocorrência da prescrição ou caducidade*".



## **A DECISÃO SANEADORA À LUZ DA ATIVIDADE PROBATÓRIA, DA VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA E COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES**

**ADRIANA DA SILVA PENA SOARES:** graduada em Direito, pela Universidade Estácio de Sá, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processual Civil.<sup>90</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa problematizar a importância da decisão saneadora sob a ótica da vinculação aos precedentes introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015. Busca-se teorizar a questão sob um novo olhar, que pretende extrair do dispositivo legal inserto no art. 357 do CPC, não só a importância já reconhecida pelos doutrinadores, quanto a estabilização das questões controvertidas e o encerramento do que seria a primeira fase do procedimento comum, mas a sua intrínseca relação com a uniformização da jurisprudência, à luz da vinculação dos precedentes. O intuito é relacionar a delimitação das questões de fato e de direito sobre as quais irá recair a atividade probatória com a consequente incidência dos precedentes vinculantes ou seu *distinguishing*. Nessa linha, em termos práticos, havendo alegação das partes quanto a aplicabilidade de algum precedente ou súmula, deve o magistrado, quando do saneamento do processo, indicar com precisão, quais provas devem ser produzidas pelas partes a fim de confirmar ou infirmar a aplicação da jurisprudência vinculante, garantindo assim, a estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, bem como reforçando o contraditório substancial.

**Palavras-chave:** Decisão; saneadora; vinculação; precedentes; atividade; probatória.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2.A decisão de saneamento e organização do processo. Função prospectiva. 3.O direito à prova como corolário da decisão saneadora. 4.O dever de fundamentação da decisão saneadora sob o pálio dos padrões decisórios. 5.Da vedação à decisão surpresa e sua correlação com a decisão saneadora. 6.Do sistema de vinculação de precedentes. Padrões decisórios. 7.A eficácia prospectiva da decisão saneadora à luz da vinculação aos precedentes. 8.Da estabilidade da decisão saneadora à luz da possibilidade de eficácia ex tunc dos precedentes vinculantes. 9.Da aplicabilidade da tese desenvolvida. 9.1. Caso hipotético – temas repetitivos 952 e 1016 do Superior Tribunal de Justiça. 9.2. Caso concreto – processo nº 5016945-36.2022.4.02.5101 – 3ª Vara Federal de Execução

---

<sup>90</sup> E-mail: [adriana.soares@defensoria.rj.def.br](mailto:adriana.soares@defensoria.rj.def.br)

Fiscal do Rio de Janeiro. 9.3. Caso concreto – processo nº 0220321-06.2019.8.19.0001 – 10ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ. 10. Considerações finais. 11. Referências.

## 1 Introdução.

A decisão de saneamento e organização do processo disposta no art. 357 do Código de Processo Civil é nominada, por muitos doutrinadores, como a interlocutória mais importante proferida nos autos e seria a decisão que encerraria a primeira fase do “procedimento bifásico” identificado por Alexandre Câmara, para quem:

“Isto decorre do fato de que o procedimento comum é organizado – nos mesmos termos do que se dá os procedimentos cognitivos dos mais modernos sistemas processuais contemporâneos – em duas fases bem distintas, a primeira, que pode ser chamada de fase introdutória, destinada à preparação do processo para chegar à resolução do mérito; a segunda, fase principal, destinada à instrução e julgamento.” (Câmara, 2016: p.215)

Da análise do texto no qual o legislador enumerou em cinco incisos quais seriam as providências a serem adotadas pelo magistrado para sanear e organizar o processo, facilmente se confirma a relevância dessa decisão, que como o próprio nome indica, saneia as questões processuais pendentes e delimita as questões fáticas e jurídicas relevantes para a controvérsia trazida à juízo, definindo, conseqüentemente, a atividade probatória a ser produzida e a quem incumbirá esse ônus.

Importante atentar, que na linha do tempo da marcha processual, essa decisão será proferida após a apresentação da contestação, excluindo-se as hipóteses de improcedência liminar do pedido; julgamento antecipado do mérito; extinção do processo sem resolução do mérito ou com resolução do mérito, nos casos dos incisos II e III do art. 487 CPC.

Dentre os provimentos jurisdicionais anteriores, cabe destacar a decisão de improcedência liminar do pedido prevista no art. 332 CPC, na medida que os seus quatro incisos apresentam hipóteses relacionadas a vinculação da jurisprudência, denotando que se o pedido formulado contrariar, de plano, qualquer dos vetores elencados pelo legislador, a demanda sequer chegará a fase de conhecimento.

Todavia, caso não seja caso de improcedência liminar, não se encontra descartada a possibilidade de reconhecimento, pelo magistrado, da incidência de algum precedente vinculante quando da prolação da sentença, seja reconhecendo sua aplicabilidade ou decidindo pelo *distinguishing*. E é a partir dessa premissa que será desenvolvido o presente artigo.

Com efeito, a temática dos precedentes encontra-se intrinsecamente relacionada com a atividade probatória, notadamente aquela que é determinada na decisão saneadora, posto que será através das provas, que as partes poderão defender suas teses baseadas em algum precedente, ou, refutar sua incidência.

Como se vê, extrai-se da decisão de saneamento e organização do processo, um novo desdobramento para a segunda fase do procedimento comum – instrução e julgamento – conferindo ao magistrado o ônus processual de incluir um capítulo na decisão saneadora, nos casos de alegações pelas partes ou mesmo do magistrado, entender pertinente a incidência de algum precedente e/ou súmula vinculante, definindo quais são essas questões de fato e de direito, e que provas devem ser produzidas para ratificar ou não o uso do precedente, em atendimento ao contraditório substancial e a fim de dar concretude ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

## **2.A decisão de saneamento e organização do processo. Função prospectiva.**

O dispositivo legal inserto no art. 357 do Código de Processo Civil não introduziu, fundamentalmente, uma novidade no direito processual, vez que a decisão saneadora tem sua origem no início do século XX, evoluindo desde o CPC de 1939 até a forma do instituto como foi posta pelo legislador em 2015.

Conforme leciona Marcelo Abelha Rodrigues, na obra, Despacho pós saneador no Brasil e em Portugal:

(...) o pronunciamento judicial de saneamento e organização do processo no CPC brasileiro é um ato judicial complexo. De uma simples leitura, percebe-se que ele tem um olhar para o passado – saneador de defeitos processuais – e um olhar para o futuro servível à organização e eficiência do processo. (RODRIGUES, 2021: p. 58)

Essa visão apresentada pelo doutrinador, indica a função retrospectiva e prospectiva do dispositivo, que serve ao mesmo tempo, para limpar as imperfeições processuais identificadas na primeira fase e organizar o futuro do processo.

Desde os primórdios, muito se discute quanto a aplicabilidade prática do despacho saneador e sua real importância para a marcha processual, na medida em que muitos processos têm essa fase negligenciada.

A gestão processual revelada pela decisão de saneamento e organização visa, em apertada síntese, a efetividade e eficiência do processo, à luz dos postulados da segurança

jurídica, da economia processual, do contraditório substancial, consectários das garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que a gênese do despacho saneador e a função reguladora exercida pelo magistrado, pode ser identificada no Decreto Lei nº 960/1938, que trazia em seu artigo 19, o dever de o juiz ordenar o processo após a apresentação da defesa, proferindo despacho saneando o feito.

Já com o Código de Processo Civil de 1939, os artigos 293 a 295 enunciavam o despacho saneador, sem, contudo, tratar da função prospectiva, apenas olhando para o passado, visando sanear as irregularidades, senão vejamos:

Art. 293. Decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez (10) dias.

Art. 294. No despacho saneador, o juiz: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

I, decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

II, mandará ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

III, examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV, pronunciará as nulidades insanáveis ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará, suprir as sanáveis bem como as irregularidades; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946).

V, determinará exames, vistorias e quaisquer outras diligências, na forma do art. 295; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

V – determinará, ex-officio ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não haja feito, e indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946).

Parágrafo único. As providências referidas nos ns. I e II serão determinadas nos três primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

Art. 295. Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze (15) ou trinta (30) dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de quarenta e oito (48) horas, proceda na forma dos ns. I e II do artigo seguinte.

Da mesma forma o Código de Processo Civil de 1973 em sua redação original, não evoluiu na matéria da compilação das questões de fato e de direito que seriam analisadas na fase da instrução e julgamento do processo. Manteve-se a mera função de sanear, ignorando-se a necessidade de organizar o futuro procedimental, *verbis*:

Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções procedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo:

I - decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos;

II - designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se.

Todavia, com a alteração operada pela lei 8.952/94, a lei adjetiva, pela primeira vez, trouxe de forma expressa a imprescindibilidade da fixação dos pontos controvertidos da demanda, onde leia-se: análise das questões de fato sobre as quais repousará a atividade probatória. Além disso, também foi introduzida a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação caso não fosse hipótese de extinção do processo ou de julgamento antecipado da lide.

Ocorre que, a introdução obrigatória da realização da audiência de conciliação não foi bem recepcionada pela doutrina e pelos magistrados, o que gerou nova alteração legal em 2002 (Lei 10.444/02), restando a seguinte redação ao artigo 331:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Por fim, após anos de vigência do CPC de 1973, o Código de Processo Civil de 2015, em seu Capítulo X – Do julgamento conforme o estado do processo -, Seção IV – Do saneamento e da Organização do Processo -, apresentou o artigo 357 com a seguinte redação:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

- I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;
- II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
- III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 ;
- IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Certo é, todos os dispositivos supramencionados acabam por revelar que a decisão de organização e saneamento sempre foi um marco delimitador entre a fase postulatória e a fase de julgamento propriamente dita. Assim, como o próprio nome indica, saneamento do processo significa a ação ou efeito de sanear; expurgar vícios, irregularidades ou

defeitos. Da mesma forma que organizar denota a ideia de disposição ordenada; estruturar-se de forma metódica.

No tocante ao objeto específico do presente trabalho, considerando-se a complexidade da decisão de organização e saneamento, todas as teses serão baseadas na função prospectiva do dispositivo. Nesse olhar para o futuro do processo, para o juízo constitutivo, enunciado pelo professor Didier, para quem a decisão tem um capítulo declaratório e outro constitutivo:

“Há, pois, nessa decisão, um capítulo decisório em que se reconhece a admissibilidade do processo (juízo declaratório) e outro capítulo decisório em que se fixam os pontos controvertidos e delimita a atividade de instrução (juízo constitutivo).” (DIDIER, 2012:p. 561)

Destaca-se que a definição de um procedimento bifásico serve a concretização do devido processo legal como princípio constitucional orientador de toda a atividade jurisdicional, revelando a imperiosidade e importância da decisão saneadora.

Conjugando-se o saneamento e a organização disposta na referida decisão tem-se que essa é a mais importante após a sentença, porquanto é nela que o juiz faz o gerenciamento de todas as teses e antíteses em que se fundam a controvérsia posta em juízo e orienta qual será a atividade probatória necessária para dirimir essas questões.

Mais uma vez servindo-se das lições de Marcelo Abelha Rodrigues, tem-se que:

“(...) mais do que simplesmente servir à organização e à eficiência do processo em prol de uma tutela efetiva em tempo razoável, esta tarefa é fundamental também para que, legitimado pelo contraditório participativo e cooperativo, tenha-se segurança jurídica sobre o que será objeto de prova e objeto de julgamento, bem como para também servir de guia, de roteiro, de projeto previsível e seguro, ao contexto da descoberta e da justificação na futura fundamentação da decisão judicial.” (RODRIGUES, 2021: p. 59)

Portanto, o gerenciamento do processo emoldurado pelo art. 357 do CPC deve ser interpretado pela lente do devido processo legal, como uma técnica processual racional, que busca a efetividade, eficiência e economicidade do processo, através do contraditório substancial, traduzido na segurança jurídica do modelo coparticipativo do processo civil contemporâneo, no qual a função gerenciada exercida pelo magistrado no despacho saneador, apesar de não se exaurir nesta, apresenta um importante marco para o desfecho do processo.

### **3. O direito à prova como corolário da decisão saneadora.**



Analisar a decisão saneadora do art. 357 CPC implica necessariamente adentrar a questão probatória, vez que a prova será o instrumento através do qual o despacho de saneamento ganhará concretude.

Sendo certo que o texto expresso da lei é o vetor principal do presente artigo, importante destacar dois dispositivos específicos do já mencionado artigo 357 do CPC, que enunciam com clareza o vértice do trabalho:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

(...)

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

Esses incisos positivam a função prospectiva do processo, nos dizeres de Marcelo Abelha Rodrigues, a qual iremos apropriarmo-nos a partir de agora, por traduzir com perfeição o gerenciamento processual que será concretizado pelo magistrado, visando os passos futuros.

Nesse sentido, ao fixar os pontos controvertidos da lide, no que se refere as questões fáticas, deverá o magistrado especificar quais meios de prova serão admitidos. Isso, porque é direito das partes empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa – art. 369 CPC. Daí a umbilical relação das questões fáticas com as teses de direito que as fundamentarão.

Como se sabe, a prova incide, via de regra, nas questões fáticas, pois como se diz, o juiz conhece o direito (*da mihi factum, dabo tibi ius*), e as provas serão o meio utilizado para se alcançar a tão desejada “verdade processual”.

Nesse diapasão, importante ressaltar que, conquanto a doutrina seja vacilante quanto a (in)distinção entre as questões de fato e as questões de direito, e o Código de Processo Civil indique ter adotado a distinção entre elas, opta-se aqui pelo critério da indistinção ontológica, que reconhece que a situação de fato não existe dissociada da questão de direito, eis que, esta última, nada mais é do que um enunciado abstrato de algum acontecimento fático que pode ali se enquadrar.

Assim, não se olvide que no tocante as questões de direito, sua delimitação também perpassa pelo direito à produção probatória, especialmente se pensarmos na sistemática de precedentes instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, visto que será por meio das provas que os litigantes poderão comprovar a incidência de um precedente, demonstrando que o fato apresentado se enquadra naquela mesma hipótese que fundamentou as razões de decidir de determinada decisão/súmula vinculante.

Nesse olhar, ressalta-se a necessidade de que o direito processual esteja sempre a serviço do direito material, o que foi exaltado pelo Código de Processo Civil de 2015 ao enunciar em seus artigos 4º e 6º a primazia da solução integral do mérito.

Por consequência, o mero exercício de subsunção do fato (premissa menor) à lei (premissa maior) não é mais suficiente nos tempos atuais, visto que a lei não é a única fonte do direito, na medida que os precedentes, súmulas vinculantes, recursos repetitivos e até mesmo os princípios exurgem como fontes do direito.

Mais uma vez utilizando-se das lições de Marcelo Abelha Rodrigues, podemos concluir que:

“A arte de julgar, fincada num modelo subsuntista estático, iluminista, cartesiano, positivista no sentido de reduzir o papel do juiz àquilo que está descrito na lei (moderno), foi aos poucos superada por um modelo (pós-moderno) interpretativista, cognitivista que considera as relações intersubjetivas complexas e dinâmicas e não vê na lei uma fonte pronta para ser simplesmente decalcada ao fato.” (RODRIGUES, 2021: p. 97)

Assim, num encadeamento lógico podemos entender que o direito processual está para o direito material, na mesma medida que o direito à prova está para o direito material, vez que são instrumentos de concretização da garantia constitucional a inafastabilidade da jurisdição, à luz do devido processo legal.

Com efeito, o direito à prova, corolário do direito constitucional e convencionalmente positivado ao contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes – art. 5, inc. LV Constituição Federal; art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e art. 14.1, “e” do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – PIDCP -, ressaí como ponto nodal da decisão saneadora.

De acordo com a lição de Fredie Didier Jr. a respeito da teoria geral da prova:

“No processo jurisdicional, o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseia nos fatos

suscitados no processo (normalmente pelas partes, mas e, algumas situações, podem ter sido suscitados pelo próprio magistrado) e postos sob o crivo do contraditório.” (DIDIER JR., 2017: p. 47/48)

Portanto, ao pensarmos no cerne do procedimento probatório que será emoldurado na decisão de saneamento e organização, enxergamos um fator que reforça a importância desse despacho estabilizador da demanda, ao determinar, com base nos fatos e fundamentos jurídicos apresentados, quais serão as provas indispensáveis para formação do convencimento do juiz, sob a ótica da persuasão racional.

Sobretudo quando as partes têm a sua disposição a possibilidade de fundar seu direito em algum precedente vinculante, posto que serão as provas que criarão o norte em que seguirá a demanda quanto a aplicabilidade da causa-piloto.

Assim, considerando-se que os precedentes, súmulas e repetitivos, como fontes do direito, possuem grande fluidez e permeabilidade, na parte da decisão do art. 357 do CPC que especificamente tratar da organização do processo, deve o magistrado orientar a atividade probatória, antes de tudo, respondendo aos seguintes questionamentos:

- i. Há pedido das partes para aplicação de algum precedente/súmula nos termos do art. 927 do CPC?;**
- ii. Há pleito de *distinguishing* em relação aos mesmos padrões decisórios?;**
- iii. A causa comporta a aplicação de algum precedente, considerando a possibilidade de reconhecimento de ofício?**

Respondidas essas questões, exsurge a necessidade de o magistrado atentar para quais meios de prova serão imprescindíveis para se aplicar ou não a jurisprudência vinculante, respondendo a mais uma pergunta: ***quais provas devem/podem ser produzidas pela parte para comprovar ou infirmar a incidência de um precedente?***

Certo é que, a prova, como elemento que vem ao processo para formar o convencimento do magistrado, decorre do que chamamos de contraditório dinâmico, ou seja, a apresentação das provas visa efetivamente influenciar a decisão do juízo, e, para tanto, é importante que seja utilizada de forma correta e direcionada.

Não se olvide que as questões fáticas que serão delimitadas pelo magistrado estão vinculadas primeiramente àquilo que foi apontada pelas partes, em atendimento ao princípio dispositivo. Depois, a delimitação deve se ater apenas aos fatos que foram

controvertidos. E por fim, esses fatos apresentados e que foram controvertidos, devem sobreviver ao crivo da pertinência e da relevância para o deslinde da causa.

E uma vez emolduradas as questões fáticas apresentadas, controvertidas e relevantes para o desenrolar do processo, a indicação dos meios de prova, bem como a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova ganham relevo.

Nesse particular, quanto mais preciso for o despacho, correlacionando a questão fática ao meio de prova a ela indicado, melhor será o pronunciamento judicial, consubstanciado na função gerenciadora do magistrado.

Não obstante, reconhece-se a dificuldade que pode ser ventilada pelos magistrados diante do volume exorbitante de processos e as conseqüentes escolhas que precisam ser feitas no gerenciamento do processo.

Nesta senda, ao proferir a decisão organizadora, em resposta aos questionamentos supra relacionados, é preciso que o magistrado inclua um tópico específico, cujo texto exemplificativo se formula no seguinte sentido: ***Considerando-se a controvérsia quanto a aplicabilidade ou não do precedente/súmula, como questão de direito relevante para a decisão de mérito, defino que a atividade probatória deve ser orientada no sentido de (...), admitindo-se, para tanto, a produção dos seguintes meios de prova (...).***

Aliás, antevendo possíveis críticas a essa proposição, cabe pontuar que a tese ora formulada não se assemelha ao que era posto pelo Código de Processo Civil Português, na redação do artigo 515 do CPC de 1939 e artigo 511 do CPC de 1961, eis que nestes dispositivos era previsto a apresentação de uma lista numerada de perguntas e quesitos, listados com perguntas sobre cada fato específico e fragmentado.

Essa quesitação obrigatória sempre foi alvo de inúmeras críticas, posto que tornava o trabalho do magistrado burocrático, maçante, e no fim, contraproducente. Mas isso não significa que despachos genéricos, abstratos, indefinidos, que serviriam a qualquer processo, devam ser a regra.

Certo é que, quanto a evolução do despacho saneador no Brasil, Marcelo Abelha Rodrigues reconhece que, diferentemente de Portugal, nunca houve a determinação de elaboração de uma lista, o que pode ter feito com que o judiciário brasileiro tenha sido ainda mais negligente com essa importante fase de gerenciamento:

“Por nunca ter havido na legislação processual brasileira, sobre o tema objeto deste estudo, qualquer delimitação da forma como o magistrado brasileiro devesse fazer a seleção das questões de fato que deveriam ser objeto de prova, este nunca foi um problema a ser

resolvido. A rigor, o problema sempre se deu exatamente pelo inverso, ou seja, sempre faltou ao magistrado brasileiro uma preocupação em delimitar com alguma precisão o que deva ser objeto de prova no despacho de organização do processo, permitindo absurdos, por exemplo, que peritos sejam questionados sobre fatos convertidos que nada têm a ver com o seu mister, e, o que é pior, que opinem sobre esses fatos; que testemunhas sejam questionadas – e respondam – sobre fatos de percepção técnica que deveriam ser direcionados apenas ao perito etc.” (RODRIGUES, 2021: p. 115)

Portanto, conquanto tal proposição seja inovadora, já que não se encontra na literatura qualquer orientação nesse sentido, a quesitação proposta, diferentemente do que era traduzido pelo CPC Português, não visa burocratizar, nem sobrecarregar o trabalho do magistrado, mas sim, através de um formulário substancialmente genérico, dar concretude aos princípios insertos no CPC de 2015, notadamente o da segurança jurídica, decorrente da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos Tribunais.

Por consequência, com a adoção da presente proposição, a decisão de saneamento e organização do processo será erigida ao local de destaque propagada por muitos doutrinadores, que a definem como a mais importante, após a sentença, já que aquela servirá de base fundante para esta.

#### **4.O dever de fundamentação da decisão saneadora sob o pálio dos padrões decisórios**

Dentre os dispositivos de maior impacto e repercussão introduzidos pelo legislador no CPC de 2015, o art. 489 ressurte como aquele que denota a nova fase em que se funda o processo civil, qual seja, a do processo civil-constitucional, na medida que cristaliza a necessidade inafastável de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, nos termos do princípio constitucional inserto no art. 93, inc. IX da Constituição Federal.

O dever de fundamentação que se impõe ao judiciário se contrapõe ao direito dos jurisdicionais de ver seus argumentos analisados. Esse exercício da jurisdição, concretizado na fundamentação, visa não só a preservação das garantias fundamentais, como também o controle das decisões judiciais, permitindo a sindicabilidade de qualquer provimento jurisdicional, materializando uma das facetas do Estado Democrático de Direito.

E esse dever/direito deve ser potencializado na decisão saneadora/organizadora do art. 357 do CPC, posto que, como já dito, esta é a decisão que põe fim a primeira fase do procedimento bifásico, e é por meio dela que se orienta a segunda fase, relacionada umbilicalmente com a produção probatória, que irá culminar com a prolação da sentença.

Impende, portanto, que a fundamentação da decisão organizadora do processo expressamente informe, considerando os fundamentos determinantes em que se fundou o padrão decisório (precedente ou súmula) e com base nas controvérsias postas pelas partes, quais provas serão imprescindíveis.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael Oliveira:

É na fundamentação que o magistrado resolve as questões incidentais, assim entendidas aquelas que devem ser solucionadas para que a questão principal possa ser decidida. Daí se vê que é exatamente aqui, na motivação, que o magistrado deve apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise. (DIDIER JR., 2017: p. 358)

A fundamentação deve se orientar pela racionalidade e pela sindicabilidade, configurando-se aquela, como a necessidade de que o discurso seja justificado, decorrendo que um raciocínio jurídico lógico, enquanto esta, positiva-se com um texto compreensível, passível de controle pelas instâncias revisoras.

Some-se a isso, a ótica ofertada por Alexandre Câmara, para quem a fundamentação é um exercício de justificação, ao afirmar que: *“E é exatamente em razão disso que se vem de dizer que é afirmado que a fundamentação é um discurso de justificação das decisões judiciais.”* (CÂMARA, 2022: p. 61)

Aliás, mormente quanto a temática dos precedentes qualificados, merece destaque os incisos V e VI do §1º do art. 489, que prescrevem:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O legislador foi cogente ao enumerar como vetores que devem orientar a fundamentação das decisões a necessidade de menção expressa aos enunciados de súmula, precedente e jurisprudência que forem evocadas pelos atores processuais.

Portanto, sendo invocada a incidência de um precedente obrigatório, ou, em contrapartida, alegada a necessidade de distinção, posto que a *ratio decidendi* não se coaduna com a tese dos autos, mostra-se mandatário que o magistrado faça um juízo analítico da conformação do padrão decisório ao caso concreto.

Neste momento, importante pontuar que o ônus argumentativo das partes e do juiz assume papel fundante para o desenvolvimento da presente tese. Isso porque, como reconhecido por Dierle Nunes e Aurélio Viana, no livro, *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*, a sistemática dos precedentes persuasivos introduzida pelo CPC de 2015 exige das partes um poder argumentativo muito maior para confirmar a aplicação da tese vinculante aos fatos apresentados.

Da mesma forma, cabe ao magistrado, mormente quando for afastar a incidência de um padrão decisório, o reforço argumentativo de sua fundamentação a fim de proferir uma decisão que atenda a racionalidade necessária para garantir a concretude da segurança jurídica.

Outra não foi a orientação dada pelo legislador, que no §4º do art. 927 do CPC, pontificou que: *“§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”*

Na mesma esteira o Enunciado 459 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *“As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes.”*

Conclui-se que não só a alteração de entendimento – *overruling* – como também o simples afastamento de um precedente – *distinguishing* - sobrepesa o ônus argumentativo tanto do magistrado quanto das partes.

## **5. Da vedação à decisão surpresa e sua correlação com a decisão saneadora.**

Anunciam os artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil que:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes

oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Esses dispositivos foram inseridos pelo legislador de 2015, não possuindo correspondente no extinto CPC de 1973 e buscam cristalizar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, fazendo surgir o que a doutrina nominou do princípio da vedação à decisão surpresa, ou como chama a doutrina italiana, decisão de terceira via.

Seguindo a linha de concretização e otimização dos princípios constitucionais insertos no direito processual civil, a vedação à decisão surpresa cria para o magistrado a obrigatoriedade de sempre oportunizar as partes, antes da tomada de uma decisão, o direito de se manifestarem acerca da questão ventilada pelo juízo.

Essa determinação encontra-se umbilicalmente atrelada a outros tantos princípios, sobretudo o da cooperação e da primazia da decisão de mérito.

Isso, porque o contraditório não pode ser resumido a sua faceta formal – dever de audiência, comunicação, ciência – mas, sobretudo, deve ser garantido o contraditório dinâmico/substancial, ou seja, a possibilidade de as partes apresentarem seus argumentos com o fito de efetivamente influenciar a decisão do magistrado.

Ressalte-se que a vedação a decisão de terceira via aplica-se indistintamente a qualquer provimento jurisdicional, mas alcança importância superior quando pensamos na decisão saneadora do processo, vez que esta sintetiza o passado (fase postulatória), para organizar o futuro (fase probatória), visando sempre, conforme orienta o código, a futura prolação de uma sentença de mérito.

Assim, a decisão do art. 357 CPC pode ser vista como a aglutinadora da garantia do contraditório dinâmico, à luz da vedação à decisão surpresa, porquanto, nesta fase de transição entre a primeira e a segunda fase do procedimento bifásico, todas as questões controvertidas devem ser pontuadas pelo juízo, assentando o contraditório como reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, que nos dizeres que Fredie Didier Jr: *“Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório.”* (DIDIER JR., 2017: p. 91)

Portanto, na circunstância em que as partes ventilam a aplicabilidade de um precedente qualificado, a decisão de saneamento, sob a égide da vedação à decisão surpresa, deve ser formulada com o fim de apontar todas as vertentes de ratificação, distinção ou superação do julgado/súmula, garantindo-se aos litigantes a materialização do contraditório substancial.

Nem se olvide que o próprio legislador pontuou, expressamente, no art. 10 CPC, que mesmo nas matérias cognoscíveis de ofício, como exemplo, a incidência dos



precedentes qualificados, que podem fundar até mesmo improcedência liminar do pedido, deve o magistrado, antes de proferir a decisão, ouvir as partes, vez que, decidir de ofício é o poder de decidir sem necessidade de provocação, mas não quer dizer decidir sem oitiva dos atores processuais.

A essa altura, precisamos nos debruçar sobre a sistemática dos precedentes, positivada no CPC de 2015, apresentando suas nuances e concretizando a necessidade de menção explícita no despacho saneador.

## 6. Do sistema de vinculação de precedentes. Padrões decisórios.

Há cerca de 7 anos atrás quando o CPC de 2015 foi publicado, a palavra precedente passou a ser corriqueira no linguajar jurídico, trazendo consigo inúmeros debates e questionamentos, dentre eles se incluindo a principal pergunta: “teria o Brasil abandonado o sistema do *civil law* e adotado o da *common law*? Não!”

Em verdade, a nova normativa inserta no CPC apenas sedimentou o que já vinha sendo construído há algum tempo acerca da utilização dos precedentes e súmulas como fontes do direito.

Pede-se vênia para a partir desse momento, apropriarmos-nos da expressão tão bem utilizada por Alexandre Câmara no recém-lançado Manual de Direito Processual Civil, “padrão decisório”. Para o renomado jurista:

“(…) a expressão “padrão decisório” (que aparece no texto legal, como se pode ver pelo disposto no § 5º do art. 966) designa um gênero que compreende duas espécies, o precedente e o enunciada de súmula. E ambos esses padrões decisórios atuam com função normativa, sendo, pois, “fontes” do Direito (inclusive do direito processual civil).” (Câmara, 2022: p.19)

Esses padrões decisórios cristalizados em inúmeros dispositivos da lei adjetiva, reforçam a ideia já desenvolvida por vários doutrinadores de que o sistema processual brasileiro é singular, não se concretizando apenas como *civil law* ou *common law*, restando uma miscigenação, que em última análise, deve servir ao bem maior do Direito, a segurança jurídica.

Portanto, definir a forma ou a nomenclatura deve ser secundário, exurgindo apenas a imperiosa necessidade de que seja reconhecido que os padrões decisórios são efetivas fontes do direito e sua função deve ser a de garantir a efetividade dos princípios da isonomia, proteção da confiança e segurança jurídica.

Decorre daí, que o ponto de partida explícito no Código de Processo Civil está inserto no art. 926, que dispõe: *“Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”*

Uniformizar denota a coesão que deve ser perquirida pelos Tribunais, que deve ser concretizada através dos enunciados de súmula e até mesmo dos incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência (art. 926, §2º CPC).

A estabilidade indica que as decisões não devem seguir cambaleando de um ponto a outro do direito, devendo se ajustarem ao que já foi decidido nos precedentes/súmulas vinculantes.

A ideia de integridade, assim como a dos outros termos insertos no referido dispositivo, gera muita discussão teórica, mas utilizando-se da definição gramatical, pode-se dizer que essa expressão informa a completude, a unidade e a qualidade de não se deixar corromper, que deve orientar a jurisprudência dos Tribunais.

Por fim, coerente, seguindo a mesma definição acima exposta, significa ser lógico, evitando-se informações contraditórias.

Conquanto esses termos pareçam extremamente indeterminados ou indetermináveis, a lógica da adoção dos padrões decisórios como fonte do direito, contém todos esses elementos, pontificando as premissas principais do legislador e de todo o sistema de justiça, que é garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, proteger a confiança que se busca nas decisões, tudo isso sob o manto da igualdade substancial.

Nessa toada, cabe ressaltar que a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 apresentou de forma expressa, a umbilical relação entre a sistemática dos precedentes e o princípio da segurança jurídica, senão vejamos:

*“A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.*

*Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.*

*Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.”*

Segundo Didier: *“Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”* (DIDIER, 2017, p. 505)

Por consequência, a eficácia persuasiva de um precedente não decorre de toda a norma jurídica exposta na decisão, mas apenas da *ratio decidendi* - *holding*, que se configura na norma geral construída pelo magistrado que servirá de diretriz para outros processos.

Assim, para se identificar a *holding*, a doutrina reconhece a existência de dois métodos. O Teste de Wambaugh que aplica uma regra de inversão, reconhecendo como razão decidir aquilo que, se for invertido, irá conduzir a mudança da conclusão final. E o Método de Goodhart – cuja ênfase está nos fatos subjacentes à causa e que deram origem aquela decisão.

Certo é que ambos os métodos são incompletos, e o ideal é que utilizemos o Método Eclético, que segundo Didier foi o aplicado por Luiz Guilherme Marinoni, para o qual a *ratio decidendi* é resultado da análise dos fatos determinantes em que se fundam a demanda e os motivos jurídicos determinantes que levaram aquela conclusão. Essa deve ser a fórmula de subsunção do caso concreto a eventual precedente.

Nesse sentido, o enunciado 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *“Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil.”*

Bem como o enunciado 317, também do FPPC: *“O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.”*

Não se olvide o já mencionado inciso V, do §1º do art. 489 do CPC que informa para uma decisão estar devidamente fundamentada no caso da aplicação de um precedente, deve o julgador identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Assim, exclui-se das razões de decidir aquelas manifestações nominadas de *obiter dictum*, ou seja, argumentos expostos na decisão, mas que não foram determinantes para a solução da questão, não se inserindo na tese vinculante, não servindo de base para casos análogos.

A fim de facilitar a sistematização dos padrões decisórios que devem ser seguidos, e quais são os elementos que ressaltam como primordiais na jurisprudência, o próprio legislador pontuou nos §§ 1º e 2º do art. 926 do CPC, algumas formas de sedimentação dos precedentes:

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Ultrapassada a etapa de identificação da *ratio decidendi*, cabe apresentar o texto legal do artigo 927 do CPC, que anuncia quais são os padrões decisórios que devem ser seguidos pelos Tribunais:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os referidos incisos apresentados pelo legislador adjetivo de 2015 surgem como fontes do direito processual, em que alguns possuem força vinculante – I a III – e outros força persuasiva – IV e V. Onde leia-se com vinculante – aquilo que é obrigatório, e persuasivo – aquele que tem capacidade de influenciar.

Entretanto, ao que parece, numa análise sistemática do Código de Processo Civil, essa distinção entre vinculante ou persuasivo não se coaduna com a definição gramatical das palavras, posto que, por exemplo, a decisão de improcedência liminar do pedido pode

ser fundada em enunciado de súmula do STF ou STJ – art. 332, inc. I – mesmo se configurando como uma fonte meramente persuasiva.

No mais, como explica Alexandre Câmara, nem toda decisão judicial é um precedente, que na definição do professor é:

“precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Significa isto dizer que, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, partir de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.” (CÂMARA, 2022: p. 27)

Nesta linha de ideias, os padrões decisórios erigidos a fontes do direito, onde incluem-se os precedentes e súmulas, vinculantes ou meramente persuasivos, mostram-se na sistemática processual hodierna, importantes dispositivos concretizadores do Estado Democrático de Direito no viés da proteção da confiança que deve ressaír das decisões judiciais.

Com efeito, ainda que ressoem críticas a esse modelo híbrido, que não é a um só tempo *civil law* ou *common law*, a segurança jurídica que se extrai do brocardo inglês – *to treat like cases alike* – ou seja, tratamento igual para casos análogos – é um anseio de qualquer jurisdicionado.

## **7.A eficácia prospectiva da decisão saneadora à luz da vinculação aos precedentes.**

Ultrapassada a apresentação dos alicerces do presente artigo fixados: (i) na decisão de saneamento do processo inserta no art. 357 do CPC e seu efeito prospectivo; (ii) no direito ao contraditório substancial emanado do referido dispositivo, mormente dos incisos II e IV; (iii) no dever de fundamentação da decisão de gerenciamento do processo sob o pálio da racionalidade e da vinculação aos fundamentos determinantes dos precedentes; (iv) na vedação à decisão surpresa como corolário do devido processo legal num modelo coparticipativo de processo; e, por fim (v) no sistema de vinculação aos padrões decisórios positivado pelo CPC de 2015, chegamos ao ponto em que iremos costurar essas bases à luz da sistemática processual-civil-constitucional enaltecida pelo Código de Processo Civil.

Veja-se, a proposta ora formulada tem como ponto de partida a decisão saneadora do art. 357 do CPC, especificamente seu inciso II – controvérsia das questões de fato, e inciso IV – delimitação das questões de direito.

Como já enunciado, propõe-se que o magistrado, ao chegar neste momento processual, em que já ultrapassado os casos de improcedência liminar, julgamento antecipado do mérito, extinção do processo sem resolução do mérito ou com resolução do mérito, nos casos dos incisos II e III do art. 487 CPC, ao proferir a decisão saneadora, verifique se há pedido das partes quanto a aplicabilidade ou afastamento de incidência de algum precedente, ou se ele próprio vislumbra semelhança da tese ou da antítese com algum padrão decisório ou súmula.

E essa análise é necessária, na medida que não se pode dissociar o efeito prospectivo da decisão saneadora, que irá irradiar seus efeitos na decisão mais importante a ser proferida – a sentença.

Para além disso, ao olhar para o futuro neste momento processual de gerenciamento do processo, o magistrado deve projetar os efeitos da sua decisão, não só para a sentença, como também para a fase recursal ordinária e extraordinária.

Isso porque, inúmeros são os dispositivos do Código de Processo Civil que vinculam os precedentes e súmulas, sejam eles vinculantes ou não, a providências/decisões a serem adotadas pelo julgador, notadamente sob o viés prospectivo da decisão saneadora, senão vejamos.

Começemos pelos novos incidentes processuais de assunção de competência – art. 947 – e de resolução de demanda repetitiva – art. 985 – para os quais o legislador apresentou claramente em seu texto a obrigatoriedade de aplicação das teses formadas nesses incidentes, *verbis*:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 .

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Como se percebe, caso ventilada a aplicabilidade de tese firmada em incidente de assunção de competência ou de resolução de demanda repetitiva, torna-se imprescindível que o julgador, ao gerenciar o processo, preparando-o para a segunda fase de instrução e julgamento, identifique esse ponto como controvertido, e, conseqüente, quais provas devem ser produzidas para confirmar ou infirmar a incidência do padrão decisório.

Seguindo na sistemática das demandas repetitivas e sua influência nas demandas, cabe apontar os artigos 1039 e 1040 do CPC, que versam sobre a adoção das teses firmadas em recursos repetitivos tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

Nem se argumente que esses dispositivos apenas devem nortear as decisões proferidas pelos Tribunais, posto que o inc. III do art. 1040 é direcionado aos processos de primeiro grau, além do que, a função prospectiva que ressaí da decisão saneadora, exige que ela ultrapasse o crivo dos repetitivos, evitando-se futura reforma da sentença.

Seguindo essa linha do olhar para o futuro que deve nortear o gerenciamento do processo feito através do art. 357 do CPC, podemos mencionar os artigos 496, §4º e 932, incisos IV e V, que assim dispõem:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:



- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Atentando-se ao art. 496 do CPC que trata das hipóteses de remessa necessária, o §4º enumera quatro hipóteses em que não se aplicará esse instituto, e todas elas representam algum padrão decisório, seja precedente ou súmula. Portanto, não é conferido ao julgador a possibilidade, por exemplo, de não analisar com cuidado, a alegação da parte, de afastamento da aplicabilidade de uma súmula do STJ, se ao final, ao proferir a sentença, caso reconheça, contrariamente ao alegado, isso, por si só, obstará a remessa necessária do processo.

Outrossim, no tocante ao art. 932, o legislador previu a possibilidade do relator, ao receber um recurso, negar provimento de plano, ou dar provimento, após as contrarrazões, a recurso que verse sobre os padrões decisórios ali enumerados.

Também cabe pontuar o texto constitucional inserto nos artigos 102, §2º e art. 103-A, que tratam respectivamente das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e edição de súmula vinculante:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual

e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A eficácia vinculante desses padrões decisórios, que irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, deve ser objeto de especial atenção pelo julgador, quando ventilada qualquer uma dessas teses em seus articulados.

Desta fenda, o julgador não pode negligenciar a incidência de um precedente, porquanto sua decisão certamente será reformada, monocraticamente, pelo relator.

Por fim, e não menos importante, os padrões decisórios apontados pelo legislador de 2015, também constam no enunciativo do cabimento da reclamação, conforme preleciona o art. 988 do CPC:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Não restam dúvidas que o despacho saneador, no seu viés prospectivo, através do diálogo racional da construção de todas as fases processuais, que se seguem até a prolação da sentença, merece capítulo próprio para tratar das alegações de incidência de precedentes.

Conforme vaticina Marcelo Abelha Rodrigues:

“Num processo que se intitula cooperativo e pretende ser talhado de democrático, não se permite que o processo decisório seja feito a partir de um salto mental dos articulados à sentença. A racionalidade da decisão judicial não se contenta mais com o dever de justificar na sentença com apontamento minudente do caminho perseguido pelo juiz para chegar aonde chegou, neste modelo democrático e cooperativo, brasileiro e português, é preciso que a formação do

convencimento seja feita em tempo real, passo a passo, em cada etapa processual vencida e superada com a participação dos sujeitos do processo.” (RODRIGUES, 2021: p.138)

Esse capítulo decisório, que deve ser inserto no despacho saneador, atende a um só tempo a diversos postulados constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito, nomeadamente a garantia do contraditório dinâmico, corolário da segurança jurídica, da isonomia, da vedação à decisão surpresa e em última análise, da primazia da decisão de mérito.

O modelo coparticipativo de processo, no qual todos os atores processuais ocupam lugares equânimes, garante que, uma vez apresentado pelas partes, questões de fato que conduzirão a aplicabilidade ou não de algum precedente persuasivo, súmula vinculante, ou qualquer outro padrão decisório enunciado pelo legislador, é dever do magistrado, que ocupa o tripé desse modelo processual, decidir de forma clara e objetiva, acerca das teses apresentadas.

Por tudo o que foi posto, é mandatório que o art. 357 do Código de Processo Civil seja erigido, efetivamente, ao lugar de destaque que já foi reconhecido por inúmeros doutrinadores, como a decisão mais importante da marcha processual, após a sentença, eis que o dever de gerenciar o processo, mormente diante da garantia do contraditório, do dever de fundamentação, da vedação à decisão surpresa e da nova sistemática dos precedentes, mostra-se um importante instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito

## **8. Da estabilidade da decisão saneadora à luz da possibilidade de eficácia *ex tunc* dos precedentes vinculantes.**

Com o fito de elucidar uma pequena aresta que não pode ser ignorada no texto do artigo 357 do CPC, importante trazer luz a parte do dispositivo que trata da possibilidade de estabilização da decisão saneadora: *“§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.”*

Não se pretende aqui, adentrar nas nuances dessa questão, quanto aos efeitos dessa estabilização, eis que não é o escopo do presente trabalho, mas apenas questionar, em que medida essa eficácia preclusiva pode incidir caso seja proferida uma decisão saneadora nos moldes em que está sendo proposta.

Compartilhando dos ensinamentos de Marcelo Abelha Rodrigues, reconhece-se que, antes de tudo, o gerenciamento do processo não é feito exclusivamente na decisão

saneadora, devendo ser feito de forma contínua pelo gestor do processo – julgador – seja antes ou depois.

Outrossim, a complexidade da decisão de saneamento, que tem um olhar retrospectivo e prospectivo, indica que a estabilização atinge com muito mais força os efeitos pretéritos do que os efeitos futuros.

Nesta linha, imaginemos a hipótese em que seja proferida uma decisão saneadora nos exatos moldes em que foi formulada no presente artigo, em que tenha sido identificada a incidência de uma súmula vinculante, e orientada a produção probatória neste sentido.

Entretanto, após a decisão de gerenciamento, e antes que seja prolatada sentença, o Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 103-A, §2º da Constituição, e nos termos da lei 11.417/06, revisão do entendimento sumulado, ou mesmo cancela o enunciado da súmula que havia fixado como ponto controvertido.

Diante dessa situação, alterada a fonte do direito que serviu de fundamento ao despacho saneador, é imprescindível que o magistrado, garantindo-se o contraditório, profira nova decisão acerca da questão, o que retira a estabilidade da decisão saneadora.

Como bem assinala Marcelo Abelha Rodrigues:

“É perfeitamente possível, por exemplo, que precedentes, jurisprudências dos tribunais de cúpula, súmulas e enunciados que não tinham sido notados ou observados até então, ou até supervenientes, exsurjam após a prolação deste pronunciamento e devam ser levados em consideração, ou seja, debatidos, analisados e, se for o caso, até mesmo alterar o conteúdo das matérias de direito do que foi antes delimitado.” (RODRIGUES, 2021, p. 134)

Como se vê, o doutrinador vai além, e aponta também a possibilidade de alteração do despacho saneador diante da formação de uma jurisprudência superveniente. O que por certo é perfeitamente cabível, sendo fácil imaginarmos um recurso repetitivo que venha a ser julgado após o despacho saneador, mas que se adequa perfeitamente ao caso em julgamento.

Nesse ponto, Alexandre Câmara faz uma observação importante quanto a possibilidade de eficácia *ex tunc* dos padrões decisórios, afirmando que:

“É que, em algumas situações, o acórdão dotado de eficácia vinculante, que no Brasil vem sendo chamado – e até pelo texto do CPC é assim designado – de precedente tem uma certa eficácia

retroativa. Nesse caso, então, o acórdão acaba funcionando como uma espécie de (perdoe-se o neologismo) “pós-cedente.” (CÂMARA, 2022, p. 36)

No mais, ainda que se reconheça a possibilidade de eficácia retroativa dos precedentes, não se ignora que o CPC, nos §§ 3º e 4º do art. 927, apresentaram expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dos Tribunais, sedimentadas em súmulas ou precedentes, diante da garantia da segurança jurídica, senão vejamos:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Fato é, a estabilização da decisão saneadora, conquanto reforce sua importância como marco final da primeira fase do procedimento bifásico, gerando efeitos prospectivos, merece ser mitigada nos casos em que situações supervenientes, especificamente, a superação, modificação ou cancelamento de algum padrão decisório outrora reconhecido, sem que isso represente ofensa a segurança jurídica, desde que garantido o contraditório substancial, à luz do princípio da vedação à decisão surpresa.

## **9. Da aplicabilidade da tese desenvolvida**

### **9.1 Caso hipotético – temas repetitivos 952 e 1016 do Superior Tribunal de Justiça**

A fim de materializar o método e a teoria desenvolvida no presente artigo, concretizado a hipótese de análise da decisão saneadora à luz dos precedentes qualificados e súmulas vinculantes, propõe-se a análise do tema repetitivo 952 do Superior Tribunal de Justiça no qual foi discutida a validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

A tese repetitiva firmada pelo STJ assim sedimentou:

O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Considerando a temática jurídica apresentada podemos vislumbrar um processo em que o Autor postula a revisão do reajuste aplicado a sua mensalidade do plano de saúde ao fundamento de que estaria sendo baseado exclusivamente na mudança de faixa etária. Para tanto, ciente do padrão decisório do STJ, alega a incidência do tema repetitivo 952, informando que: i. não foi fornecido pelo plano de saúde o contrato firmado entre as partes e ii. os percentuais de aumento são desarrazoados.

Nessa hipótese, aplicando-se os vetoriais desenvolvidos no presente trabalho, quando da decisão saneadora do art. 357 do CPC, é dever do magistrado fixar como pontos controvertidos: i. A existência de previsão contratual expressa, que pode ser vista como um ônus da parte autora, ou, aplicando-se a distribuição dinâmica do ônus probatório (art. 373, §1º CPC) converter esse ônus a parte ré; ii. Como pode se provar o aumento aleatório ou desarrazoado das mensalidades? Seria necessária prova pericial?

O ponto nodal do processo está na aplicabilidade ou não do tema 952 do STJ. E nessa medida, não pode a decisão saneadora ser omissa quanto a essas questões, sob pena de afronta aos princípios do contraditório, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Imagine-se, hipoteticamente, que o magistrado é silente quanto a necessidade de produção probatória no tocante a existência de cláusula contratual, num processo em que o autor não apresentou o contrato por não o possuir. Neste caso, poderia o magistrado, no momento da sentença, julgar improcedente o pedido ao argumento de que o autor não se desincumbiu do seu ônus probatório pois deixou de apresentar o contrato de plano de saúde?

Parece que não, pois era dever do juiz ter fixado esse ponto como controvertido na decisão saneadora. E se não o fez, estaremos diante de uma decisão que fere o dever de cooperação, o princípio da primazia da decisão de mérito, e, sobretudo, a vedação à decisão surpresa.

Na mesma linha, se ao final, o magistrado indefere o pedido exordial por ausência de comprovação do alegado aumento exorbitante, mas quando do despacho saneador entendeu que era prescindível prova pericial para comprovar a disparidade do percentual

de aumento, mais uma vez terá afrontado o contraditório dinâmico, retirando do autor a possibilidade de influenciar a decisão.

E ainda pode se pensar em hipótese distinta, considerando-se que o plano de saúde contratado pelo autor era um plano coletivo. Nesse caso, seria aplicável a tese 952?

Veja-se, até recentemente, não seria cabível responder esse questionamento de forma objetiva, vez que, desde a fixação do tema 952, em 2016, instaurou-se profunda controvérsia quanto a incidência do entendimento lá qualificado com a distinção entre planos individuais e coletivos.

Nesse interim, por certo, muitos foram os processos em que se aplicou a tese, reconhecendo que as razões de decidir também se aplicaria na presente hipótese, porém, outras tantas foram as lides em que se negou a aplicabilidade do julgado vinculante ao argumento de que não incidiria sobre planos coletivos.

Independente do caminho, emerge mais uma vez a importância da decisão de organização, na medida que, nas referidas situações hipotéticas, deveria o magistrado, ao fim da primeira fase do procedimento bifásico, ter pontuado de forma objetiva, que: embora não houvesse previsão contratual de reajuste e o aumento fosse desarrazoado, inaplicável seria a tese 952 STJ posto que atenderia apenas aos planos individuais.

Atualmente, com a edição do tema repetitivo 1016 do STJ, o dilema cessou, já que foi firmado que:

- (a) Aplicabilidade das teses firmadas no Tema 952/STJ aos planos coletivos, ressalvando-se, quanto às entidades de autogestão, a inaplicabilidade do CDC;
- (b) A melhor interpretação do enunciado normativo do art. 3º, II, da Resolução n. 63/2003, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão 'variação acumulada', referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a simples soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias.

Assim, na linha do que foi desenvolvido no presente artigo, e diante da eficácia *ex tunc* dos precedentes, podemos pensar na hipótese em que havia sido negado o direito a incidência do tema 952 STJ, quando da decisão de gerenciamento do processo – art. 357

CPC - pois tratava-se de plano de saúde coletivo, e com a superveniência do tema 1016, o magistrado profira nova decisão saneadora, arguindo acerca da aplicabilidade da nova tese, garantido aos atores processuais o contraditório substancial e visando a vedação à decisão de terceira via.

## **9.2 Caso concreto – processo nº 5016945-36.2022.4.02.5101 – 3ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro**

Após intensa pesquisa jurisprudencial foi possível identificar o processo em referência no qual a magistrada proferiu despacho, antecedente a decisão saneadora, apresentando narrativa muito próxima da que está sendo proposta no presente artigo, senão vejamos:

EMBARGOS DE TERCEIRO Nº 5016945-36.2022.4.02.5101/RJ

EMBARGANTE: VANESSA AMORIM JENSEN EMBARGANTE: MARIA TERESA AMORIM JENSEN

EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
DESPACHO/DECISÃO.

1. Na forma dos artigos 1035 §5º e 1036 do CPC, digam as partes, em 10 dias, se há repercussão geral do Eg. STF ou recurso repetitivo do Eg. STJ apto a ensejar o sobrestamento do feito.

2. Esclareçam as partes, no mesmo prazo, se desejam produzir prova (documental/pericial que desde logo faculto, em atenção à não surpresa), JUSTIFICANDO-AS E APONTANDO – A PARTIR DAS CAUSAS DE PEDIR FORMULADAS NA PEÇA INICIAL – DE FORMA ANALÍTICA OS FATOS CONTROVERSOS, a fim de viabilizar o exame pelo juízo de sua utilidade e essencialidade para a solução da lide.

Recorde-se que nosso sistema processual probatório deve ser manejado para dirimir controvérsias pertinentes a QUESTÕES DE FATO, exclusivamente.

Extrai-se da decisão supra, uma intenção, ainda que embrionária, muito próxima da formulada na tese ora desenvolvida, na medida que, a fim de evitar decisão surpresa, a magistrada requer que as partes informem se há alegação de algum recurso repetitivo ou repercussão.

Aliás, debruçando-se sobre o trabalho desenvolvido por Marcelo Abelha Rodrigues, ao comparar o despacho saneador no Brasil e em Portugal, é cabível reconhecer na decisão



supra, o que o direito português já reconheceu como despacho pré-saneador, que era previsto no Código de Processo Civil Português de 1939, conforme leciona Abelha:

“Do que se percebe acima, do diploma português de 1939, resta claro que há um momento procedimental muito importante de gestão do processo e se situa entre o fim da fase dos articulados e a eventual fase de instrução e julgamento. Colhe-se do referido diploma a existência de um momento pré-saneador, um momento saneador e um momento pós-saneador, aqui entendido como momento de condensação das questões de fato que deverão ser objeto de prova.” (RODRIGUES, 2021: p.39)

Nesta senda, digna de elogios a decisão proferida pela juíza federal, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, da qual se extrai a nítida intenção de evitar a decisão surpresa, à luz do contraditório substancial e da sistemática dos precedentes, exatamente como sugerido no presente trabalho.

Assim, após a manifestação das partes, com a conseqüente prolação da decisão saneadora do artigo 357 do CPC, em decorrência lógica do despacho anterior e tendo em conta a resposta dos sujeitos processuais, provavelmente a magistrada irá indicar, de forma fundamentada, a aplicabilidade ou não de algum precedente suscitado.

### **9.3 Caso concreto – processo nº 0220321-06.2019.8.19.0001 – 10ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ**

Como último caso exemplificativo, traz-se a decisão saneadora proferida nos autos do processo em epígrafe, no qual o magistrado enumera os fatos sobre os quais cai a controvérsia trazida a juízo e identificando as provas a serem produzidas.

A decisão é digna de citação, embora não trate de nenhum caso de aplicabilidade de padrões decisórios, mas tão somente por ter sido proferida, já que na maioria dos processos pesquisados, os julgadores sequer proferem a decisão de gerenciamento do processo da forma como determina o art. 357.

Decisão fl. 531

Presentes os pressupostos processuais, e regulares as condições para o regular exercício do direito de ação, declaro saneado o presente feito, passando-se à organização do processo.

Não obstante muito se ter explanado acerca de "chargeback", o fato é que, de acordo com os pedidos deduzidos pelo autor, a controvérsia se cinge a (i) a licitude da conduta da ré quanto ao

bloqueio dos valores referentes às operações que não foram objeto de "chargeback", (ii) a ocorrência de danos materiais e morais, sua extensão e a responsabilidade da parte ré pelos mesmos.

Apesar de ser conhecida a longa discussão acerca da natureza consumista da relação contratual estabelecida entre as partes, não é cabível, na hipótese vertente, a inversão do ônus da prova, data venia.

Isso porque a distribuição do ônus probatório no caso destes autos impõe à parte autora que comprove que, de acordo com a legislação vigente, a conduta da ré, ao bloquear valores referentes a transações que não foram alvo de "chargeback", foi ilícita, enquanto se impõe à ré a demonstração de que, ainda de acordo com a mesma legislação, agiu de forma lícita.

Assim, indefiro o pedido de inversão do ônus da prova, e, na mesma linha de raciocínio, indefiro a produção das provas requeridas pelas partes.

Nada mais sendo requerido, venham os autos conclusos para sentença.  
Intimem-se.

A decisão é merecedora de destaque e reverência a técnica e preocupação do juiz, Ricardo Cyfer, não só por dar concretude ao texto legal do art. 357 CPC, como também pela decisão seguinte, que atendendo ao pedido de esclarecimentos do Autor, proferiu outra decisão, aclarando as questões pontuadas:

Decisão fl. 547

Quanto ao primeiro esclarecimento a que se refere a parte autora a fls. 543/544, na verdade, o que há na petição é a exposição de dois fatos.

O primeiro, a afirmação do autor de que anexou à inicial as planilhas de adiantamento junto ao seu banco, e a segunda, de que "o dano material, requerido, (sic) significa a devolução em dobro dos valores indevidamente bloqueados", não se identificando, portanto, o teor do esclarecimento solicitado.

No que diz respeito ao segundo esclarecimento pedido na petição acima referida, a prova do ponto controverso "i" compete à ré produzir, e a do ponto "ii", à parte autora.

Nessa medida, pode se concluir, que certamente este julgador, ao se deparar com uma situação fática que permita a aplicação de algum padrão decisório, irá proferir decisão saneadora nos termos em que foi apresentada no presente trabalho, considerando sua preocupação em garantir aos jurisdicionados a efetividade do modelo coparticipativo positivado pelo legislador adjetivo.

## 10. Considerações finais

A decisão de saneamento e organização do processo desde os seus primórdios sempre foi merecedora de deferência pelos operadores do direito, porquanto, sua função no gerenciamento do processo e na inauguração da segunda fase do procedimento bifásico do processo de conhecimento, através da racionalidade que dele se espera, denota sua superior importância na concretude do devido processo legal substancial, notadamente na efetividade e eficiência que se espera da jurisdição num Estado Democrático de Direito.

Com o presente artigo buscou-se problematizar o dispositivo inserto no art. 357 do Código de Processo Civil, especialmente sob seu viés prospectivo, introduzindo-se uma nova hipótese, considerando-se a amplitude do texto legal à luz da sistemática dos precedentes.

A formulação visa a inserção de um capítulo específico na decisão saneadora, em que se propôs que o julgador, antes de lançar a decisão saneadora, responda mentalmente alguns questionamentos: *(i) Há pedido das partes para aplicação de algum precedente/súmula nos termos do art. 927 do CPC?; (ii) Há pleito de distinguishing em relação aos mesmos padrões decisórios?; (iii) A causa comporta a aplicação de algum precedente, considerando a possibilidade de reconhecimento de ofício?*

Essas proposições são resultado do gerenciamento do processo no olhar para o futuro, que se encontra atrelado ao direito à prova, corolário do contraditório substancial, o que conduz a necessidade de o julgador solucionar mais um questionamento: *quais provas devem/podem ser produzidas pela parte para comprovar ou infirmar a incidência de um precedente?*

Ultrapassadas estas etapas, e com o fito de resguardar o princípio da vedação à decisão de terceira via, esse dever de gestão que é conferido ao magistrado no despacho saneador, mas que nele não se exaure, sustenta-se a positivação de um capítulo do

despacho saneador, cujo texto sugestivo pode ser assim redigido: *Considerando-se a controvérsia quanto a aplicabilidade ou não do precedente/súmula, como questão de direito relevante para a decisão de mérito, defino que a atividade probatória deve ser orientada no sentido de (...), admitindo-se, para tanto, a produção dos seguintes meios de prova (...).*

Nesta senda, a hipótese que aqui se propõe, não só parte da notória importância da decisão saneadora, mas para além disso, entrelaça sua temática com a vinculação aos padrões decisórios que foi reforçada e ratificada pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015.

Explicitou-se a imprescindibilidade da extração da *ratio decidendi* dos padrões decisórios – precedentes e súmulas – para que as teses formuladas pelas partes sejam confrontadas com os fundamentos da causa-piloto, evitando-se distorções que podem conduzir a decisões equivocadas.

Considerou-se que a eficácia prospectiva do despacho saneador irradia seus efeitos para a sentença e até mesmo em grau recursal, não só porque gerencia e orienta o encadeamento do processo gerando uma necessária congruência entre o saneamento e a sentença, como também porque inúmeros são os dispositivos espalhados pelo Código que informam a vinculação necessária de diversos padrões decisórios.

Conquanto se reconheça que a hipótese que ora se emoldura possa ser passível de crítica por gerar um ônus excessivo ao julgador, não há como admitir que os magistrados continuem negligenciando essa importante decisão, se esquivando de gerenciar o processo de forma racional e coparticipativa.

E para que não reste dúvidas quanto a necessidade de acolhimento da tese formulada, foram apresentados dois casos reais e um hipotético que corroboram a dimensão da decisão de organização do processo, como instrumento de concretização do direito à vinculação dos precedentes e sua umbilical relação com a atividade probatória e a vedação à decisão surpresa.

Num Estado que propaga ser democrático, não há processo que se legitime sem que se respeite os postulados constitucionais da segurança jurídica, da proteção à confiança, do contraditório dinâmico e da isonomia substancial.

## 11. Referências

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. – Barueri/SP: Atlas, 2022.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação os efeitos da tutela*. 12. ed. – Salvador/BA: Jus Podvim, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 14. ed. reform. – Salvador/BA: Jus Podvim, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. – Salvador/BA: Jus Podvim, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O despacho pós saneador no Brasil e em Portugal*. Londrina/PR: Toth, 2021.

[https://books.google.com.br/books/about/SANEAMENTO\\_DO\\_PROCESSO.html?id=R5MtEAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&hl=pt-PT&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=true](https://books.google.com.br/books/about/SANEAMENTO_DO_PROCESSO.html?id=R5MtEAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&hl=pt-PT&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true)

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-codigo-de-processo-civil-e-a-logica-bifasica-no-procedimento-comum-o-saneamento-do-processo-no-paradigma-da-cooperacao/>

<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/566990639/primeiras-impressoes-sobre-a-estabilidade-da-decisao-saneadora>

[https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO\\_DO\\_PROCESSO\\_ESTABILIDADE\\_E\\_COISA\\_JULGADA](https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDADE_E_COISA_JULGADA)

<http://genjuridico.com.br/2016/05/10/as-provas-e-onus-dinamico-no-ncpc-e-seus-desdobramentos-para-o-processo-do-trabalho/>

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/saneamento-e-organizacao>

## A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL E SEUS VALORES ECONÔMICOS

**PATRÍCIA GONZAGA DE SIQUEIRA:**

Doutoranda. Unialfa<sup>91</sup>.

**RESUMO:** Este artigo pretende demonstrar as consequências dos danos/degradações ambientais com enfoque na seara econômica. Neste sentido, será abordado o conceito de meio ambiente no sentido natural, além das disposições legais que cercam a presente temática. Outrossim, será elucidado o significado de degradação ambiental, tanto no sentido legal quanto para a comunidade doutrinária. Ademais, serão demonstrados os efeitos do progresso econômico em relação ao meio ambiente, ocasião em que se realizará a exposição das premissas da responsabilidade civil atrelada à degradação ambiental e o valor econômico que esta carrega no caso concreto. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica com o fito de embasar a argumentação esposada no decorrer do presente artigo.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Degradação ambiental. Consequências econômicas.

**ABSTRACT:** This article intends to demonstrate the consequences of environmental damages/degradations with a focus on the economic area. In this sense, the concept of environment in the natural sense will be addressed, in addition to the legal provisions surrounding this theme. Furthermore, the meaning of environmental degradation will be elucidated, both in the legal sense and for the doctrinal community. Furthermore, the effects of economic progress with regard to the environment will be demonstrated, at which time the assumptions of civil liability linked to environmental degradation and the economic value that this carries in the specific case will be presented. For this purpose, a bibliographic research was used in order to support the arguments used throughout this article.

**Keywords:** Environment. Ambiental degradation. Economic consequences.

### INTRODUÇÃO

O progresso econômico atingido pela população dos Estados mais desenvolvidos carrega efeitos não desejáveis, impondo que as sociedades se reorganizem com o fito de conceder um equilíbrio a uma nova sistemática social e jurídica que seja hábil a abranger as consequências prejudiciais das benesses que são transmitidas a sociedades em desenvolvimento ou de progresso não completo, a um enorme custo que, genericamente, não pode ser precisado do ponto de vista econômico, mas que importa em grandes lucros para aqueles que procedem à degradação ambiental.

---

91 E-mail: gonzagapatricia95@gmail.com

Nota-se que os modos de ingerência humana sobre o meio ambiente não são muito diversos dos vínculos humanos, em que a procura contínua pela apropriação de benesses de qualquer viés, sem se levar em consideração os efeitos psíquicos, sociais, econômicos, morais e ambientais acarretados a outrem.

O ordenamento jurídico se constitui como uma ferramenta hábil a intermediar os interesses de cunho ético, social, econômico e político tangentes a questões ambientais, tendo o fito de minorar as desigualdades entre os indivíduos iguais. Logo, o Direito Ambiental se demonstra como uma ferramenta de ingerência da sociedade, por intermédio do poder público, nas problemáticas sociais e econômicas.

Desta feita, sabe-se que aos degradadores do meio ambiente são impostas punições de cunho econômico, tendo em vista os danos causados. Em virtude disso, o presente artigo tenciona elucidar as consequências da degradação ambiental sob a ótica econômica, ou seja, investigar o valor econômico do dano causado ao meio ambiente.

Nesta senda, na qualidade de objetivos específicos, é necessário, primeiramente, que se tenha conhecimento da definição legal e doutrinária do que constitui o intitulado meio ambiente. Além disso, o conceito de degradação ambiental também é crucial para a elucidação da temática agora abordada.

Ademais, é imprescindível a demonstração das consequências do progresso econômico no que tange à degradação ambiental, bem como as premissas da responsabilidade civil atreladas aos que procedem à degradação do meio ambiente. Por fim, será esposado o valor econômico da degradação ambiental, objetivo geral do presente estudo.

Para isso, será utilizada a pesquisa bibliográfica consubstanciada em textos, artigos científicos, teses, dissertações, monografias e livros doutrinários, bem como no ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de fundamentar todos os argumentos esposados.

## **1. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE**

Na ocasião em que se discorre acerca de problemáticas de cunho ambiental, é bastante comum que alguns indivíduos os atrelem a contextos que, geralmente, ocorrem em cenários separados de sua realidade e de sua vivência, tais como a extinção de espécies de animais, derretimento das calotas polares, desmatamentos, dentre outros.

Este posicionamento se relaciona à ótica reducionista que várias pessoas carregam acerca do que seria o próprio meio ambiente, além do enfoque midiático que pôde ser

notado nos últimos anos acerca dos problemas ambientais, de forma a reduzi-los a algumas ocorrências isoladas, diminuindo as suas consequências reais.

O que pode ser entendido na ocasião em que se examina algumas definições acerca do meio ambiente, verifica-se que grande parte da doutrina é capaz de resumir a sua definição a ecossistema, o que robustece o ideal reducionista e rudimentar que vários detêm sobre o meio ambiente.

Neste sentido, a título de exemplificação, menciona-se a conceituação de meio ambiente efetuada por Kloetzel, que assevera que apesar de o distanciamento não ser significativo, meio ambiente e ecologia não representam a mesma coisa. Esta, de acordo com um conceito que surgiu há mais de cem anos, constituiria a "ciência da morada", isto é, analisa os vínculos entre o habitat e o organismo (KLOETZEL, 2009, p. 14).

Todavia, acerca da relação entre meio ambiente e ecossistema, o referido autor é categórico ao enunciar que os dois são sinônimos, tendo em vista que se traduzem na morada em si. Ademais, o autor ainda aduz que o ecossistema seria um modo mais elegante de nomear o meio ambiente (KLOETZEL, 2009, p. 15).

Em virtude disso, ocorre que, se indagados, estes indivíduos citem uma vasta gama de componentes naturais ou paisagens para determinar ou elucidar o que vem a ser o meio ambiente, de forma a sempre atrelar estes componentes a exterioridades em que estão incorporados, fator que contribui para o desmazelo e ignorância sobre a gravidade que os problemas ambientais podem causar nas vidas cotidianas.

Isto posto, alguns estudiosos, tais como Carlos Walter Porto Gonçalves, geógrafo, sugerem que seja abandonada a expressão meio ambiente, de modo a acolher somente ambiente, com o intuito de reduzir as dicotomias já pontuadas, iniciando pelo próprio comportamento, eis que nem sempre se compreende a qualidade animal do ser humano, e que, em razão dela, somos componentes do meio.

Visando ao entendimento das definições de meio ambiente, eis que estes é confundido com as definições aplicadas a ecologia, natureza ou, ainda a ecossistema, conforme já asseverado, encontram-se alguns conceitos como modo de orientar a percepção sobre a temática.

Desta forma, e tendo em vista a complexidade dos componentes que o formam, além dos vínculos determinados, o meio ambiente pode ser considerado, na visão de Primavesi, não somente o espaço em que se estabelece a vivência, mas sim o espaço em que o ser humano efetivamente vive (PRIMAVESI, 1997, p. 18-19).

Na visão de Tostes, meio ambiente seria todo vínculo, isto é, constituiria uma multiplicidade de vínculos. Para ele, o meio ambiente seria o vínculo entre coisas, tal qual



as que são observadas nas reações físico-químicas e químicas dos componentes constantes do planeta e entre esses componentes e os vegetais e os animais. Logo, o meio ambiente seria o vínculo do vínculo, tal qual o que ocorre com as expressões do universo animado com as do inanimado (TOSTES, 1994, p. 42).

Tostes ainda salienta que o meio ambiente seria, sobretudo, o vínculo entre o ser humano e os componentes da natureza (o ar, o solo, a água, a fauna e a flora); entre o ser humano e os vínculos que ocorrem entre as coisas; entre o ser humano e os vínculos dos vínculos, uma vez que é esse caráter múltiplo de vínculos que viabiliza, engloba e regulamenta a vida, em todos os seus modos. As coisas e os seres, isoladamente, não constituiriam o meio ambiente, haja vista que não se vinculariam (TOSTES, 1994, p. 42).

As definições anteriormente demonstradas podem ser reunidas com o conceito descritivo de meio ambiente explicitado por Coimbra, o qual, em sua visão, estabelece o meio ambiente como sendo um complexo de componentes abióticos, de natureza química ou física, bem como bióticos (fauna e flora), estruturados em diversos ecossistemas sociais e naturais em que se incorpora o ser humano, em sua acepção individual e social através de um processo de relacionamento que satisfaça o progresso das práticas humanas, a conservação dos recursos naturais e dos atributos fundamentais ao redor, em consonância com as normas da natureza e os parâmetros de qualidade determinados (COIMBRA, 2002, p. 78).

Todavia, percebe-se que a conceituação supramencionada demonstra densidade e extensão, em virtude da imprescindibilidade de reunir, em pouco espaço, um enorme número de definições e acepções, observando a complexidade exigida pelo tema.

Vale ressaltar alguns apontamentos tecidos por Branco no que se refere ao conceito emanado por Coimbra. Na visão daquele, o meio ambiente não é a mesma coisa que meio ambiente, eis que este incorpora o componente tecnológico e antrópico, ao passo que o ecossistema, a partir de seus atributos homeostáticos de progressão natural e controle não engloba o ser humano, exceto em suas fases primitivas, uma vez que não é compatível com as análises e objetivos desta espécie (BRANCO, 2007, p. 102).

Todavia, na acepção de Branco, isso não quer dizer que o ser humano não seja incorporado ou não consista em um componente de uma estrutura mais complexa e maior, ou seja, o meio ambiente, com uma harmonia organizada por uma gama de dados diversos dos constantes do ecossistema, uma vez que originada de um princípio elaborador consciente, em perene vinculação com a estrutura em sua totalidade (BRANCO, 2007, p. 103).

Ademais, é viável indicar outros conceitos para o meio ambiente sob a ótica de autores de várias searas do conhecimento, o que demonstra a sua extensão, além da crucialidade e relevância de uma contextualização catalogada em um ponto de vista interdisciplinar.

Em consonância com Marques, o meio ambiente constitui o somatório total das situações exteriores abrangentes no interior dos quais um organismo, uma comunidade, uma coletividade ou um objeto existe, atrelando-se que os organismos podem compor parcela do ambiente de outros (MARQUES, 2005, p. 94).

Consoante Mendonça, o meio ambiente deixa de auferir a clássica acepção contemplativa pela geografia na qualidade de sacrário que há separadamente da sociedade. Segundo ele, o meio ambiente deve ser encarado enquanto um recurso a ser empregado e, nesta qualidade, deve ser examinado e tutelado em conformidade com as suas diversas situações, para que se atinja o respeito, a preservação e a manutenção dele (MENDONÇA, 2004, p. 122).

Para Coelho, o meio ambiente ou ambiente é formulado pelo decorrer do processo histórico e pela sociedade. Sua formulação ocorre no processo de vínculo contínuo entre a sociedade em movimentação e uma seara espacial em específico, hábil a se alterar de forma permanente. Assim, o ambiente detém natureza ativa e passiva (COELHO, 2004, p. 91).

Logo, o meio ambiente, por integrar o ser humano e tudo o que o abrange, consiste em um processo dotado de dinâmica e se encontra em constante transformação acarretada por fatores em que não haja a ingerência humana (externos), como gerada pelos comportamentos humanos nos processos de mudança das matérias primas manipuladas por este, além das alterações culturais originadas por modificações de valores incorporadas pelo próprio ser humano.

O meio ambiente em contínua alteração pode se modificar para otimizar as benesses concedidas aos seres que nele estão, como, ainda, pode prejudicar, acarretando a eliminação dos mencionados seres. Portanto, o meio ambiente, na qualidade de formulação da mente e comportamento humano poderá operar como fator otimizador ou eliminador do ser humano responsável por sua manipulação.

## **2. A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL**

O grande questionamento tangente às mensurações econômicas atreladas à degradação ambiental está na complexidade de saber se existiu ou não dano ambiental decorrente de uma atividade hábil a estabelecer poluição. Em virtude disso, crucial se faz a exposição de algumas definições basilares.

O dano ou degradação ambiental está caracterizado por intermédio do artigo 3º da Lei nº 6.938/81, que determina as definições de meio ambiente, poluidor, poluição, degradação ambiental e recursos ambientais:

*Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:*

*I - meio ambiente, 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;*

*II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;*

*III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:*

*a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*

*b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;*

*c) afetem desfavoravelmente a biota;*

*d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;*

*e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;*

*IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;*

*V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (BRASIL, 1981).*

Se as variantes indicadas no artigo acima assinalado forem associadas às garantias determinadas na Constituição Federal, é viável constatar que as nuances da degradação ambiental se desdobram nos Títulos concernentes à Ordem Econômica e Financeira (artigo 170), à Ciência, Tecnologia e Inovação (artigo 225), na Seção da Saúde (artigo 200), asseverando a abrangência maior do que a apresentada no artigo anteriormente mencionado (BRASIL, 1988).

A dimensão da degradação poderá ser mensurada através das alterações realizadas, por intermédio de análises profundas e geralmente custosas. De acordo com a Resolução do CONAMA nº 01/1986, encara-se como impacto ambiental a modificação na seara física, biológica e química do ambiente acarretada por qualquer modo de energia ou matéria proveniente de condutas humanas que, de maneira direta ou não, reflitam sobre: a saúde, o bem-estar e a segurança da coletividade; as atividades econômicas e sociais; a conjuntura sanitária e estética do ambiente; a biota; e a qualidade dos recursos de cunho ambiental (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1986).

Coelho, por seu turno, conceitua impacto ambiental como um processo eivado de alterações ecológicas e sociais, provocado por transtornos (novas ocupações ou construções de um novo objeto, tais quais uma usina, uma indústria ou uma estrada) em determinado ambiente (COELHO, 2004, p. 81).

Além disso, em consonância com a autora acima mencionada, o impacto ambiental concerne ao progresso conjunto das searas ecológica e social fomentadas pelos incentivos dos vínculos entre forças internas e externas à unidade ecológica e espacial, social ou historicamente estabelecida (COELHO, 2004, p. 81).

Neste sentido, é o vínculo entre a natureza e a sociedade que se transforma significativamente e estruturalmente. Os impactos de viés ambiental são caracterizados no espaço temporal e se ingerem de maneira diferente, modificando a sistemática das classes sociais e reformulando toda a estrutura espacial.

Na acepção de Hammes, as consequências das atividades se atrelam às suas carências de existência, capazes de absorver, modificar e elaborar resíduos. A amplitude desse vínculo na seara espacial se sujeita a matérias culturais, de consumo de objetos industrializados, da forma como são embalados, dos materiais utilizados, dentre outros fatores (HAMMES, 2004, p. 67).

A dimensão da complexidade se espelha no valor das soluções das problemáticas ambientais em toda a natureza. Consoante Valle, até o período mais recente, a poluição era analisada somente por suas consequências locais e as resoluções sugeridas eram empregadas também na seara local (VALLE, 2004, p. 28).

A coleta do lixo urbano para transferência aos aterros e o tratamento dos esgotos sanitários exemplificam tradicionais resoluções no âmbito local. Atuava-se de maneira local, sem a constatação de que essas atitudes refletiam no meio ambiente de modo global (VALLE, 2004, p. 28).

Os impactos de cunho ambiental se evidenciam cada vez mais na hodiernidade. Na proporção em que o processo de apropriação e exploração da natureza ocorre de modo

descoordenado, não se verifica o aumento da fiscalização; o que se nota é a evolução do processo citado com absoluta ausência de respeito ao meio ambiente, um bem de preciosidade inestimável.

A preocupação se destinada ao acúmulo e a majoração econômica sem que se considere a forma pela qual eles estão sendo realizados. Isso pode ser exemplificado pelo crescimento da originação de resíduos sólidos característicos do mundo contemporâneo e do processo capitalista em que nos encontramos. No capitalismo atual, o consumo é fomentado como maneira de incentivar o progresso econômico.

### **3. AS CONSEQUÊNCIAS DO PROGRESSO ECONÔMICO PARA O MEIO AMBIENTE**

Hodiernamente, é vivenciada uma sociedade eivada pelo temor de enormes devastações ambientais. De acordo com Trennepohl a sociedade atual está envolta pela ameaça de desastres, apesar de ser tecnologicamente evoluída e globalizada (TRENNEPOHL, 2009, p. 56).

Na constância da sociedade moderna, é comum a obrigação de se refletir se é mais relevante a primazia das normas concernentes à tutela ambiental ou a hegemonia dos regramentos que regulamentam o desenvolvimento econômico (TRENNEPOHL, 2009, p. 56).

Nesta mesma senda, Ricardo Carneiro conjuga que a crise ambiental que emerge no início deste século é reflexo do protótipo de majoração econômica e populacional instituída no decorrer do século passado, e que já demonstra notórios indícios de insustentabilidade (CARNEIRO, 2001, p. 42).

Para o aludido autor, é suficiente uma rápida observação nas crises ocorridas nas últimas décadas para que se verifique a incidência de desertificação, modificações climáticas significativas, erosão de solos férteis, extinção de espécies da fauna e da flora, minoração da camada de ozônio e o aquecimento global (CARNEIRO, 2001, p. 42).

Trennepohl assevera ser indubitável que a evolução do progresso, principalmente após o século XX acarretaram situações benéficas à coletividade, a saber: eliminação de certas endemias, a compreensão do DNA do ser humano, a cura de moléstias e a consequente prolongação da vida, dentre outras descobertas. Todavia, algumas problemáticas imensuráveis na esfera global também surgiram, tais como a degradação ambiental (TRENNEPOHL, 2009, p. 56).

Em virtude disso, a Política Nacional do Meio Ambiente, consolidada por intermédio da Lei nº 6.938/81 se destina à conservação, uma vez que o seu artigo 4º

preconiza que é necessária a harmonia do progresso social e econômico com a preservação do equilíbrio ecológico e da qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1981).

Além disso, o referido regramento também dispõe acerca da importância da conservação e restauração dos recursos ambientais com o fito de que estes sejam utilizados de modo racional, a fim que sua disponibilidade seja permanente e consolidando a mencionada harmonia ecológica e a preservação ambiental (BRASIL, 1981).

Ao salientarem sobre o progresso econômico, Oliveira e Machado discorrem que toda e qualquer atividade econômica tem início com uma apropriação acerca de algum bem de cunho ambiental, tais como a terra, a vegetação, a água, o ar, os minérios ou os animais (OLIVEIRA; MACHADO, 2007, p. 83).

O avanço econômico, em virtude de acarretar um aprofundamento da atividade econômica, intensifica o processo de apropriação sobre a natureza e a restituição ao meio ambiente dos resíduos de confecção ou emprego dos bens econômicos. Por conseguinte, existe um vínculo entre o sistema natural e o sistema econômico.

Na concepção de Jacobi, o que se recolhe e o que retorna ao meio ambiente, em razão da atividade de cunho econômico, obtêm importância para aqueles, não podendo ser desprezado. Assim sendo, na medida em que se totaliza o ciclo da confecção-consumo, o bem que já foi utilizado é incorporado novamente, de certo modo, ao meio ambiente, e, na ocasião em que o seu reaproveitamento ou sucatação não sejam compensadores, o bem é desamparado nas dependências do meio ambiente (JACOBI, 2001, p. 193).

Quanto ao reaproveitamento do bem, a Declaração de Estocolmo, ocorrida em 1972, declara que os recursos não passíveis de renovação devem ser explorados de maneira que não exista risco de serem eliminados, e que as benesses depreendidas de sua aplicação sejam compartilhadas com a coletividade (ONU, 1972).

Diante do exposto, Coelho assevera que esses apontamentos sinalizam que o processo de progresso econômico demonstra suas despesas sociais e que devem ser refreados, na qualidade de qualquer despesa. Se isso essa repressão não for realizada, o próprio progresso poderá ser prejudicado, eis que também se torna crucial, primordialmente, que se ache uma solução para a reorganização de todo o processo, com o fito de que este diminua sua carga predatória quanto ao meio ambiente (COELHO, 2004, p. 113).

#### **4. PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ATRELADA À DEGRADAÇÃO AMBIENTAL**

A sociedade atrelada ao conhecimento acarretou vários debates, dentre eles o meio ambiente. Nesta esteira, por intermédio da ECO 1992, autoridades provenientes de

vários lugares do mundo se reuniram para debater o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente, o que culminou no Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998 (BRASIL, 1998).

Por ocasião do mencionado evento, ocorreu um relevante marco quanto ao acolhimento de ferramentas para mensurar degradações ao meio ambiente. Tendo isto em vista, Schiel et al discorre que foi convencionada a obrigação de observância do princípio da precaução por todos os Estados em consonância com as suas habilidades (SCHIEL, 2003, p. 95).

Outrossim, o supracitado autor preleciona que na ocasião em que existir risco de degradações irreversíveis ou sérias, a inexistência de plena constatação científica não deve ser empregada na qualidade de motivo para procrastinar providências eficiente e possíveis do ponto de vista econômico a fim de evitar a degradação ambiental (SCHIEL, 2003, p. 95).

Segundo Oliveira, a proteção ambiental, em seu âmago, carrega finalidade de prevenção. Entretanto, apesar de o empreendedor se valer das providências preventivas para inviabilizar degradações ambientais e, mesmo assim ocorrer a degradação, este detém a incumbência e a imposição de reparar os prejuízos causados ao meio ambiente (OLIVEIRA, 2010, p. 123).

Se valendo do disposto da Política Nacional de Meio Ambiente, consubstanciada na Lei nº 6.938/81, o ordenamento jurídico pátrio acolheu a responsabilidade de cunho objetivo. Salienta-se, ainda, que a Carta Magna assevera que a responsabilidade também é dirigida a pessoas jurídicas de direito privado ou público. Isto posto, Machado salienta que a responsabilidade ambiental objetiva se traduz na incumbência jurídica de reparar a degradação ambiental por aquele que provocou o dano. Neste sentido, consolidado está o binômio da degradação/reparação (MACHADO, 2000, p. 322).

Ademais, é necessário destacar que não importa os motivos pelos quais o degradador deu azo à degradação, apenas existindo a incumbência de reparar. Neste diapasão, o acusado deverá atestar que o dano era natural, necessário ou de impossível evitação. Portanto, o ordenamento jurídico pátrio não autoriza o enriquecimento às custas do dano ambiental.

Em que pese a responsabilidade civil ambiental, o artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81 esclarece que seu modo objetivo é a obrigação do degradador, pouco importando a existência de culpa, de reparar ou indenizar as degradações provocadas ao meio ambiente e a outrem, impactados por sua atuação (BRASIL, 1981).

Em consonância com Milaré, a degradação ambiental pode ser conceituada como o dano dirigido aos recursos ambientais, com a reflexa modificação da qualidade de vida e do equilíbrio ecológico (MILARÉ, 2009, p. 172).

Por conseguinte, a reparação da degradação ambiental, de acordo com o explanado por Oliveira, pode ocorrer através de três formas: a reparação *in natura*, a compensação ambiental e a indenização. Frisa-se, por oportuno, que a reparação do dano ambiental não é passível de prescrição (OLIVEIRA, 2010, p. 136).

A primeira delas, intitulada reparação *in natura*, consiste na reparação do dano proveniente da degradação ambiental e, em virtude disso, crucial a restauração do equilíbrio ecológico. A compensação ambiental, por seu turno, é adotada na ocasião em que não existe viabilidade da reparação *in natura* que incide no acolhimento de medidas proporcionais à reparação em outro espaço do meio ambiente. Por fim, a indenização é constituída pela punição civil, por intermédio do pagamento monetário em virtude da degradação acarretada (OLIVEIRA, 2010, p. 136).

## **5. VALOR ECONÔMICO DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL**

Esta é uma temática complexa e polêmica, uma vez que é dificultosa a identificação, a princípio, dos danos provocados por uma atuação poluidora, em toda a sua ampliação. Desta forma, considerando as consequências sobre todos os elementos de um ecossistema alcançado, é complexa a mensuração monetária da degradação, principalmente porque os componentes citados não são eivados de valor econômico.

Nesta esteira, não se sabe o valor de uma ave nativa. Contudo, é necessário se valer do montante atrelado a aves exóticas, sendo suficiente, somente, a consulta no setor especializado. Esta poderia ser uma variável passível de quantificação de alusão.

Noutro giro, não se sabe o montante direcionado a bactérias alcançadas por um derramamento químico, por exemplo. Não existindo uma espécie de alusão e um montante notoriamente passível de identificação, verifica-se uma variável de cunho ambiental intangível do ponto de vista econômico.

É possível a concepção de que as espécies nativas dos mais diversos âmbitos da natureza, características de um certo ecossistema, detenham uma incumbência ecossocial que podem não ser científicas na realidade fática, mas que são abrangidas pela definição de meio ambiente.

As espécies exóticas, por seu turno, afora a hipótese de pesquisa, detêm uma relevância acessória que, na maior parte dos casos, não supera o estágio de aformoseamento e regozijo individual ou de grupos menores.



Logo, se para o interesse limitado, as espécies exóticas detêm um montante econômico, as espécies nativas, para o interesse coletivo, deveriam apresentar um montante agregado superior ou equivalente ao estabelecido para as espécies exóticas, não constituindo uma hipótese de vínculo de oferta e procura.

Neste diapasão, o início para a quantificação monetária de uma degradação ambiental deve, necessariamente, levar em consideração o montante de comercialização de organismos equivalentes, sejam estes nativos ou não.

Através de uma acepção proposta por Cardoso, a quantificação da degradação provocada poderá ser encarada por intermédio de duas variáveis passíveis de identificação, nomeadas intangíveis e quantificáveis, sendo simbolizadas pelas letras *i* e *q*, de modo respectivo (CARDOSO, 2001, p. 8).

Neste sentido, Cardoso assevera que as variáveis quantificáveis são aquelas que, de certa maneira, são comensuráveis e não tangíveis do ponto de vista econômico, sendo as de complexa medição. Neste sentido, *q*, como total (*qn*), é o total que obterá um montante que simbolizará a soma de todas as variáveis passíveis de quantificação e, de modo análogo, *i*, com total (*in*) simbolizará o somatório de cada montante não tangível constatado (CARDOSO, 2001, p. 8).

Seguindo, Cardoso elucida que o montante de *i* variará dentre 0 a 4, em virtude da durabilidade e da potência do impacto provocado sobre o meio ambiente e seus elementos, de forma que: o valor 1 representaria baixo impacto; o valor 2 simbolizaria médio impacto; o valor 3 teria aplicação de alto impacto; ao passo que o valor 4 indicaria um impacto de longo ou médio prazo, culminando em meses e anos (CARDOSO, 2001, p. 9).

Na realidade fática, Cardoso esclarece que se deve partir da lógica de que o que não foi inserido pelo agente poluidor, a fim de evitar ou combater a poluição, foi incorporado por ele, eis que o meio ambiente é de uso comum do povo (CARDOSO, 2001, p. 9).

Portanto, é viável estabelecer montantes para *q*, que serão intitulados de *q1*, *q2*, e assim por diante, uma vez que serão responsáveis por simbolizar cada um dos fomentos que deveriam ter sido realizados para incorporar as medidas cruciais com o fito de evitar a poluição e, por conseguinte, será a parcela quantificável do ponto de vista econômico (CARDOSO, 2001, p. 9).

Neste diapasão, o que foi disposto será simbolizado, pela acepção matemática, através da seguinte equação, elaborada por Cardoso:  $VERD = E_{qn} \times E_{in}$ . De acordo com

o já mencionado autor, *VERD* representa o montante econômico de referência da degradação ambiental, ao passo que *E qn* simboliza a soma de todas as variáveis passíveis de quantificação a partir da aceção econômica, ocasião em que pode variar de 1 até o infinito (CARDOSO, 2001, p. 10).

Ademais, *E in* representa a soma de montantes numéricos equivalentes às variáveis intangíveis da aceção econômica, em que *in* pode variar de 1 até o infinito com montantes individuais de 0 a 4 (CARDOSO, 2001, p. 10).

A equação matemática esposada é, para Cardoso, somente uma sugestão de mensuração que não pode ser empregada a todas as hipóteses, mas que poderá operar como premissa para novos debates acerca do tema (CARDOSO, 2001, p. 10).

Cardoso ainda ressalta que sempre existirá um valor apontável de *q*, que representa o montante que o poder estatal investe todos os anos por pessoa no que tange à instauração de políticas públicas no âmbito do meio ambiente e saúde, por exemplo, sem que haja novas situações de poluição (CARDOSO, 2001, p. 10).

Levando-se em consideração que os recursos públicos não são hábeis a satisfazer todas as crucialidades ambientais que já existem, se estas se agravarem, uma maior quantidade de recursos deverá ser comprometida para a resolução do problema.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho foi tencionou a demonstração dos valores econômicos atrelados a degradação ambiental. Em virtude disso, foi demonstrado o conceito de meio ambiente, de degradação ambiental, os efeitos do progresso econômico destinado ao meio ambiente, as premissas da responsabilidade civil atrelada à degradação econômica e o valor econômico da degradação ambiental.

Assim sendo, percebeu-se que meio ambiente envolve todos os vínculos atrelados aos componentes do meio em que vivemos. Ademais, verificou-se que o progresso econômico, sobretudo o realizado no decorrer do século passado, pouco se importou com as consequências de seus avanços em detrimento do meio ambiente, o que culminou nas problemáticas ambientais que notamos na atualidade.

Neste sentido, o ordenamento jurídico pátrio, tentando implementar a obrigatoriedade do progresso econômico ambientalmente responsável, estabeleceu a responsabilidade civil objetiva do poluidor, de forma que não é necessário o elemento subjetivo de sua conduta para que este seja impingido a reparar a degradação causada.

Em que pese ao valor econômico da reparação mencionada, constatou-se que não existe mensuração precisa acerca dos danos ambientais. Contudo, foi demonstrada uma

equação matemática elaborada por Cardoso (2001) de forma a mensurar, do ponto de vista econômico, a reparação da degradação ambiental.

Diante do exposto, conclui-se que embora haja uma maneira de se quantificar a reparação do dano ambiental, o ideal seria a prevenção do mesmo, de modo a evitar que ele ocorra, a fim de proteger o meio ambiente e a disponibilidade dos recursos naturais existentes.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Samuel Murgel. **Eossistêmica**: uma abordagem integrada dos problemas do meio ambiente. 2 ed. São Paul: Edgard Blücher, 2007.

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: 16 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: 17 de set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 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: 16 set. 2021.

CARDOSO, Artur Renato Albeche. **A degradação ambiental e seus valores econômicos associados** - uma proposta modificada. Revista de Direito Ambiental, v. 6, n. 45, p. 170–187, out./dez., 2001.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito ambiental**: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COELHO, M. C. N. Impactos Ambientais em Áreas Urbanas: teorias, conceitos e métodos de pesquisa. In: GUERRA, A. J. T. & CUNHA, S. B. da. (Orgs.). **Impactos Ambientais Urbanos no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, 416p., p.19-45.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente**: uma incursão humanística na questão ambiental. Campinas: Millennium, 2002.

GONÇALVES, Carlos Valter Porto. **Os (des)caminhos do meio ambiente**. 14 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

HAMMES, Valéria Sucena. Efeitos da Diversidade e da Complexidade do Uso e Ocupação do espaço Geográfico. In: HAMMES, Valéria Sucena. (Editora Técnica). JULGAR –

**Percepção do Impacto Ambiental.** Vol. 4/Embrapa. São Paulo: Editora Globo, 2004. 223p. p. 35-39.

JACOBI, Pedro. Cidade e meio ambiente. Meio ambiente urbano e sustentabilidade: alguns elementos para a reflexão. In: CAVALCANTI, C. (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 384-390.

KLOETZEL, Kurt. **O que é meio ambiente.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 8. ed. rev. atual. E ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Roberto. **Meio Ambiente Urbano.** Rio de Janeiro/RJ: Ed. Forense Universitária. 2005.

MENDONÇA, Francisco de Assis. **Geografia e Meio Ambiente.** 7 Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 6. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986.** Publicada no DOU, de 17 de fevereiro de 1986, Seção 1, páginas 2548-2549. Disponível em: <  
[http://conama.mma.gov.br/?option=com\\_sisconama&task=arquivo.download&id=745](http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=745)>.  
Acesso em: 17 set. 2021.

OLIVEIRA, Livia de; MACHADO, Lucy Marion Calderini Philadelpho. Percepção, cognição, dimensão ambiental e desenvolvimento com sustentabilidade. In: VITTE, Antonio Carlos; GUERRA, Antonio José Teixeira (orgs). **Reflexões sobre a geografia física no Brasil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

OLIVEIRA, Sebastiao Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 5. ed. Rio de Janeiro/RJ: LTr, 2010.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo de 06 de junho de 1972.** Disponível em: <  
<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

PEREIRA, S. S.; CURÍ, R. C. Meio Ambiente, Impacto Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: Conceituações Teóricas sobre o Despertar da Consciência Ambiental.

**REUNIR – Revista de Administração, Contabilidade e Sustentabilidade** – Vol. 2, no 4, p.35-57, Set-Dez/2012. ISSN: 2237-3667.

PRIMAVESI, Ana Maria. **Agroecologia**: ecosfera, tecnosfera e agricultura. São Paulo: Nobel, 1997.

SCHIEL, Dietrich et al (orgs). **O estudo de bacias hidrográficas**: uma estratégia para educação ambiental. 2 ed. São Carlos: RIMA, 2003.

TOSTES, André. **Sistema de legislação ambiental**. Petrópolis, RJ: Vozes/CECIP, 1994.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Direito ambiental**. Incluindo lições de direito urbanístico (Lei Nº. 10.257/01 – Estatuto da Cidade). 4. ed. São Paulo: JusPODIVW, 2009.

VALLE, Cyro Eyer. **Qualidade Ambiental**: ISO 14000. 5 Ed. São Paulo/SP: SENAC, 2004.

## RELATÓRIO DA ONU MULHERES E DESA NO TOCANTE A IGUALDADE GÊNERO EM ÂMBITO MUNDIAL.

**DESIRÉE EVANGELISTA DA SILVA:** Advogada com inscrição ativa (71.257 OAB/DF). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela faculdade Legale Educacional. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Superior de Advocacia do DF.<sup>92</sup>

**Resumo:** O texto faz uma análise sobre o relatório disponibilizado pela Organização das Nações Unidas e o Departamento Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas acerca do debate de igualdade de gênero e o longo caminho a ser delineado pelos países para a equiparação das questões sociais e atuais das mulheres e meninas.

**Palavras-chave:** ONU. Mulheres. Igualdade. Gênero.

**Abstract:** The text analyzes the report made available by the United Nations and the United Nations Department of Economic and Social Affairs on the gender equality debate and the long path to be outlined by countries to equate social and current issues of women and girls.

### **Discussão sobre as conclusões do relatório “The Gender Snapshot”.**

A Organização das Nações Unidas Mulheres (ONU) e o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (DESA) produziram um relatório que descreve a conjuntura social da luta por igualdade de gênero entre homens e mulheres.

O resultado da pesquisa, denominado como “The Gender Snapshot”, não se mostra promissor para os próximos anos, onde foi descrito que, para que seja atingido o equilíbrio entre homens e mulheres seria necessário um investimento aproximado de US\$360 bilhões (R\$ 1,8 trilhão) por ano até 2030.

O referido valor seria voltado para a execução de planos de ações globais previstos na Agenda 2030, que reúne uma série de objetivos para o desenvolvimento sustentável. Um dos objetivos se caracteriza na ODS 5, da igualdade de gênero, que basicamente tem o papel de implementar iniciativas para alcançar a paridade entre os gêneros, bem como garantir a ampla participação feminina em todos os níveis e cenários sociais.

---

92 E-mail: [desireeevangelistasilva@gmail.com](mailto:desireeevangelistasilva@gmail.com)

Os dados divulgados trazem uma análise mundial da situação social feminina e pontua que na América Latina e Caribe, aproximadamente 13 milhões de mulheres podem estar sujeitas a pobreza até o ano de 2050, além da falta de recursos alimentícios, que podem impactar em mais de 20 milhões delas, caso o cenário atual seja mantido.

Os dados mostram que, as mulheres saem atrás dos homens em várias conjuntas, como, cerca de 28,2% das mulheres exercem funções de comando nos postos de trabalho, 35,5% integram parte do governo local e 26,7% ocupam cadeiras nos Parlamentos.

O relatório conclui que nenhum país está totalmente ordenado para erradicar a violência doméstica, e em apenas 27 países há um sistema que garanta recursos para políticas públicas voltadas para a igualdade de gênero.

Faz-se um paralelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui no princípio máximo do estado democrático de direito e que deve pertencer a todos na mesma proporção. Segundo Fábio Comparato, todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza (COMPARATO, 2003, p.1). Portanto, o que se busca, na luta feminina por igualdade, é apenas respeito e equiparação em todos os níveis sociais.

A perpetração da violência, tradicionalismos, nível cultural de um determinado local e ausência de amparo, se mostram como as principais questões que levam uma sociedade a perpetrar a desigualdade entre homens e mulheres.

O relatório divulgado pela ONU apenas reafirma a dificuldade na equiparação das mulheres, em detrimento aos homens, na sociedade hodierna, e por isso a implementação de programas que visam a igualdade de gênero, a exemplo as ODS, em português, "objetivos de desenvolvimento sustentável" são fundamentais para apaziguar os efeitos de uma sociedade multiforme.

## **Conclusão**

O momento atual é delicado e requer esforços de todos os países para minorar os efeitos da desigualdade de gênero mundial, como a criação de soluções inovadoras para tornar mulheres e meninas protagonistas da sociedade e igualar as oportunidades de liderança em todos os níveis públicos.

## **Bibliografia**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CHIARETTI. Daniela. Relatório da ONU aponta que mundo está falhando com mulheres e meninas. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/relatorio-da-onu-aponta-que-o-mundo-esta-falhando-com-mulheres-e-meninas.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2023.

UNFPA. 8 bilhões de vidas, infinitas possibilidades: em defesa de direitos e escolhas. Disponível em: [https://brasil.un.org/sites/default/files/2023-09/UNFPA\\_Estado\\_Populacao\\_Mundial\\_2023-web.pdf](https://brasil.un.org/sites/default/files/2023-09/UNFPA_Estado_Populacao_Mundial_2023-web.pdf). Acesso em: 20 set. 2023.