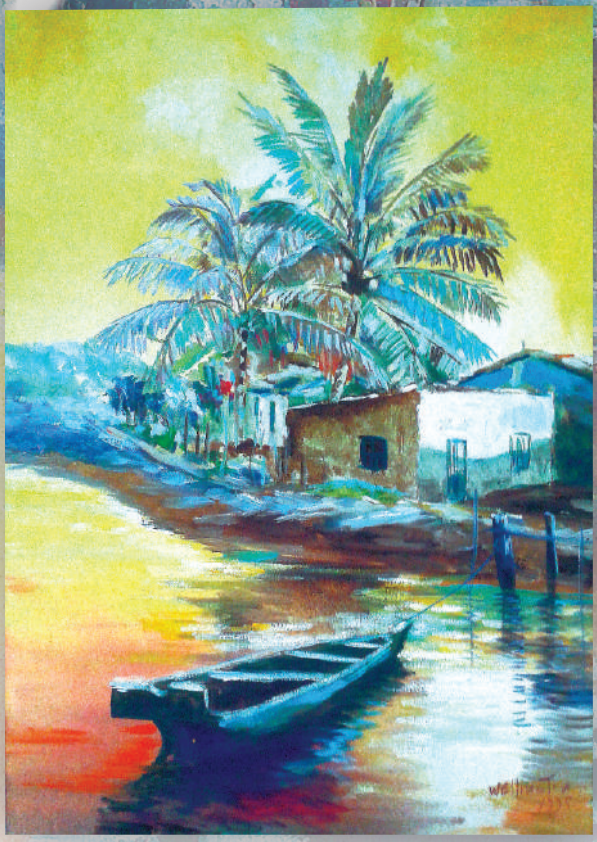
Revista da Ejuse

ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE



ISSN 2318-8642

NÚMERO 27
2017


EJUSE
ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 27, 2017

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica CS Eireli EPP

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3226-3166. Fax: 3214-0125
http: wvw.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 27, 2017.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Ruy Pinheiro da Silva

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Laís Machado Ramos Birk

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

A (DES)CONEXÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 12.414/2011: A INEFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO POSTO QUANDO COTEJADO COM O DIREITO PRESSUPOSTO. UM DIÁLOGO COM A DESIGUALDADE E A SUBVERSÃO DO ESTADO DE DIREITO, DE OSCAR VILHENA
Afonso Carvalho de Oliva; Carolina Fonseca Garcia Oliva; Kalyne Alves Andrade Santos & Raquel Torres de Brito Silva.....15

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO
Ângela Márcia Reis dos Santos.....37

CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA E DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA NO ATUAL PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, CONFRONTANDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Clauber Hilton Valeriano da Silva.....61

DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL
Edvânio Dantas dos Santos.....81

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DELAÇÃO PREMIADA
Eraldo Ribeiro Aragão Silveira.....99

TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL E O REDIMENSIONAMENTO DA COGNIÇÃO
Eric Cesar Marques Ferraz.....123

INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA: CERCEAMENTO (I) LEGAL DA LIBERDADE VERSUS MEDIDA DE PROTEÇÃO SOCIAL
Jéssica de Jesus Almeida.....153

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF): HIPÓTESES DE CABIMENTO E DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS
Lorena Machado Leite & Célio Rodrigues da Cruz.....173

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Marcel Santos Tavares.....207

A ANTECIPAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL
Márcia Jaqueline Oliveira Santana.....223

O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
Mariana Andrade Barbosa.....243

PARADIGMA DE PARTILHA EQUÂNIME DOS ROYALTIES DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.734/12
Pablo Durval de Menezes Gois.....265

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO (HATE SPEECH) À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
Renata Cristina Lima Barreto.....275

OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E OS ASPECTOS DA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008
Vanysson Dias de Jesus & Rony Rei do Nascimento Silva.....291

LINGUAGEM NÃO VERBAL: INSTRUMENTO DE PODER PARA A PSICOLOGIA JURÍDICA NA BUSCA DA JUSTIÇA
Ana Cristina de Matos.....309

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO
Cláudio Bosco Lima Teles.....321

SOBRE A COISA JULGADA NO CPC E SUA LIMITAÇÃO SUBJETIVA
Arthur José Nascimento Barreto.....333

CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A APLICAÇÃO CRÍTICA E LEGÍTIMA DO DIREITO
Waltenberg Lima de Sá.....367

APRESENTAÇÃO

Sinto-me honrado, especialmente em razão de, nas condições de discente e docente, acompanhar de perto a trajetória de sucesso da Escola Judicial de Sergipe (Ejuse) há mais de 14 anos, por ter sido convidado a apresentar para a comunidade jurídica o 27º volume da sua tradicional Revista.

A Ejuse vem cumprindo a sua missão institucional, consistente na promoção da formação inicial e continuada dos magistrados sergipanos, seguindo os normativos da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), sendo destaque no cenário nacional. Além disso, vem continuadamente expandindo a sua área de atuação, na medida em que oferece cursos de pós-graduação em Direito Constitucional e Processual Civil não apenas para os magistrados e servidores vinculados ao Tribunal de Justiça de Sergipe, mas também para todos os bacharéis em Direito interessados na atualização e aprimoramento do seu conhecimento jurídico.

Voltando os olhos para o objeto desta apresentação, é importante destacar que a edição presente vem a público quando comemoramos 30 anos de vigência da nossa Constituição Federal, promulgada após o fim da ditadura militar e responsável por instituir o Estado Democrático de Direito brasileiro, fincado sobre sólidas bases democráticas e republicanas. Democracia essa entendida como governo da maioria aliado à garantia das liberdades individuais e à supremacia da Constituição, o que assegura a proteção, por parte dos poderes constituídos, dos direitos das minorias. Além disso, consolida-se a República como exigente da alternância no exercício do poder, em todas as suas esferas, e de responsabilidade no trato da coisa pública.

Sob os auspícios da Constituição cidadã, como diploma normativo

maior e fundante do ordenamento jurídico, hierarquicamente inferior apenas à norma hipotética fundamental, para utilizar a alegoria kelseniana, todos os outros ramos da ciência jurídica passaram a ser reinterpretados, o que se convencionou denominar "constitucionalização do direito". É dizer, se em épocas pretéritas não se tinha a mesma reverência à Constituição, sendo esta por vezes solenemente ignorada no estudo do direito infraconstitucional, atualmente não se concebe uma análise jurídica séria que não principie pelo texto constitucional.

É nesse pano de fundo que se apresenta a 27ª *Revista da Ejuse*, com os seus 18 artigos, que perpassam temas de Direito Constitucional estrito, Direito do Consumidor, Direito Penal e Processual Penal e Direito Processual Civil, promovendo uma verdadeira viagem pelo universo jurídico.

Desejo a todos uma ótima leitura!

Leonardo Souza Santana Almeida
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Professor e Membro do Conselho Administrativo Pedagógico da Ejuse
Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

DOUTRINA

A (DES)CONEXÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR E A LEI N° 12.414/2011: A INEFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO POSTO QUANDO COTEJADO COM O DIREITO PRESSUPOSTO. UM DIÁLOGO COM A DESIGUALDADE E A SUBVERSÃO DO ESTADO DE DIREITO, DE OSCAR VILHENA

Afonso Carvalho de Oliva[*]
Carolina Fonseca Garcia Oliva[**]
Kalyne Alves Andrade Santos[***]
Raquel Torres de Brito Silva[****]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da Lei nº 12.414/2011 – Cadastro Positivo de Crédito – e sua relação com a proteção constitucional do consumidor. A análise baseia-se na ineficácia social desta lei (direito posto) quando comparado com a expectativa da proteção do consumidor brasileiro e da criação de leis com base no desenvolvimento social (direito pressuposto). É apresentado um breve histórico da Lei nº 12.414/2011, com a análise comparativa entre o que fora posto à população e o que se esperaria de uma lei de cunho consumerista. Após, é feita uma breve análise da proteção constitucional do consumidor, demonstrando o atual estado de desconexão existente entre a Lei nº 12.414/2011 e a referida proteção – que deve ser entendida de forma ampla e não apenas limitada – aos dispositivos legais específicos para a proteção consumerista. Em seguida, apresenta-se um diálogo entre a desconexão da Lei nº 12.414/2011 e a proteção constitucional do consumidor com o artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, apresentando-se uma

* Orientador do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Mestre em Direitos Humanos (Unit-SE); Especialista em Direito do Consumidor; Professor de Direito do Consumidor na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). advogado.contato@afonsooliva.com.

** Especialista em Direito Constitucional; Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. carolinafg_85@yahoo.com.br.

*** Integrante do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Graduada em Saneamento Ambiental (IFS); Acadêmica de Direito na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). ka.lyne@hotmail.com.

**** Bolsista do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Acadêmica de Direito na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). raqueltorres.95@hotmail.com.

comparação da subversão lá tratada, que se reflete na própria Lei do Cadastro Positivo de Crédito. Outrossim, apresenta-se uma revisão das três categorias sociais apresentadas por Vieira, *invisíveis, demonizados e imunes*, comparando-os com os atores sociais influenciados pela Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de Dados. Proteção do Consumidor. Ineficácia Social. Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a (des)conexão existente entre a Lei nº 12.414/2011 – Lei do Cadastro Positivo de Crédito – e a proteção constitucional do consumidor brasileiro, traçando posteriormente um diálogo com o artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, buscando apresentar uma crítica à referida lei, em razão da falta de racionalização social para sua elaboração.

Defende-se que a Lei do Cadastro Positivo foi pensada e criada por um poder afastado do desenvolvimento social, razão pela qual se verifica a sua total ineficácia no plano fático, comprovada pela baixa adesão da população aos bancos de dados criados, bem como a ausência dos resultados prometidos quando da edição da Medida Provisória posteriormente convertida na lei em análise.

A metodologia do presente estudo é eminentemente bibliográfica, tendo-se realizado um levantamento histórico da criação da Lei de número 12.414/2011. Observando-se seus antecedentes históricos e a motivação para o surgimento do texto legal, passou-se a uma crítica acerca de sua apresentação midiática e da indução do consumidor em erro, apresentando ainda uma crítica fundada na diferenciação entre o direito posto pelo Estado e o direito pressuposto pela sociedade brasileira.

Ato contínuo, passa-se a uma breve análise acerca da proteção constitucional do consumidor brasileiro, demonstrando-se a necessidade de reconhecimento desta proteção como um direito fundamental do cidadão brasileiro, que não pode ficar restrito à legislação protetiva representada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim ser entendido como uma superestrutura normativa, haja vista a necessidade

de se reconhecer essa proteção em todo o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, quando do surgimento de proposituras legislativas apoiadas em interesses econômicos obscuros ao cidadão brasileiro.

Em seguida, apresentamos fundamentação acerca da ineficácia social da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, partindo do conceito de ineficácia social apresentada por Luís Roberto Barroso e por José Afonso da Silva, concatenando o estudo com a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Herrera Flores, para demonstrar a necessidade do reconhecimento dos processos culturais de criação do Direito, o que não foi respeitado quando da criação da Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

Voltando-se para a lição de Eros Grau sobre o direito posto e o direito pressuposto, demonstra-se, por fim, a forma como o poderio econômico influencia na tomada de decisões do Poder Público, o qual deixa de buscar a igualdade fática para a população, utilizando-se, tão-somente, do conceito de igualdade formal, tentando, com isso, demonstrar uma imparcialidade na aplicação da lei. O resultado, em verdade, é a continuação da desigualdade preexistente e lançando-se mão da lição de Bauman, a perpetuação do poder econômico a transformar o consumidor brasileiro em uma mercadoria a ser utilizada para a maximização dos lucros dos grupos econômicos.

No último tópico, realiza-se uma comparação entre a crítica apresentada à Lei nº 12.414/2011 e o artigo «A desigualdade e a subversão do estado de direito», de autoria de Oscar Vilhena Vieira, primeiramente para demonstrar que a subversão do Estado de Direito pode ser verificada *in concreto* com a Lei do Cadastro Positivo de Crédito, uma vez que ela não representa, como já exposto, o clamor social, mas sim a defesa de grupos econômicos capazes de distorcer o Estado de Direito, a ponto de satisfazer apenas os seus interesses, apresentando-os como clamores legítimos da sociedade como um todo. Além disso, mostra-se uma forma de incluir os atores sociais influenciados pela lei em análise nas categorias apresentadas pelo autor em seu artigo.

Tem-se como principal objetivo a apresentação de um pensamento crítico acerca de uma lei que, após 3 anos de sua publicação, não alcançou os objetivos que foram expostos quando de sua criação e que também não foi objeto de análise pela doutrina brasileira quanto aos seus efetivos objetivos. Conforme análise realizada, percebe-se que a lei abre caminhos para diversos abusos contra os consumidores brasileiros, em

claro desrespeito ao princípio constitucional da proteção do consumidor brasileiro.

É de se salientar, ainda, que não se trata de um estudo exaustivo sobre a matéria, mas de linhas gerais para um posterior aprofundamento do tema, haja vista sua complexidade, a demandar profunda análise sociológica sobre o caso, intercalando conceitos sobre a privacidade dos dados pessoais, a autodeterminação informacional e a própria proteção do consumidor.

1 A GÊNESE DA LEI Nº 12.414/2011 – CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO

A retórica midiática acerca da Lei do Cadastro Positivo – Lei nº 12.414/2011 – busca apresentá-lo como uma forma de garantir uma posição de superioridade do consumidor brasileiro perante as instituições financeiras, ao criar um banco de dados que seriam utilizados para garantir uma diminuição nas taxas juros dos "bons pagadores" quando da celebração de contratos de financiamento bancários.

Esta questão foi explorada na exposição de motivos que fundamentou a criação da Medida Provisória de número 518/2010, posteriormente convertida na lei ora analisada. Em seu tópico de número dois, é apresentado o fundamento de que a criação dos cadastros positivos poderia efetivamente resultar em redução no risco da concessão de crédito aos consumidores brasileiros, representando um ganho não apenas para os comerciantes como para os próprios consumidores.

Ainda em sua exposição de motivos, em seu tópico de número três, acrescenta-se que a criação do cadastro seria de utilidade ainda maior aos consumidores brasileiros de baixa renda, uma vez que estes são, em regra, vistos como "investimento de alto risco", razão pela qual, em geral, sofrem com as mais altas taxas de juros. Assim, aos que possuam um bom histórico de crédito seriam concedidas menores taxas de juros.

Todavia, é necessário aprofundar a análise do referido diploma legal para que se façam descortinar algumas incoerências entre o que foi *posto* e o que fora *pressuposto* quando da apresentação da referida norma.

Ponto crucial para o presente debate reside na diferenciação que se apresenta ao compararmos a nomenclatura midiática, Lei do Cadastro Positivo de Crédito, com o seu objeto, disposto em seu artigo 1º,

"disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento". Enquanto sua nomenclatura midiática trata de "cadastro", o verdadeiro objeto da norma versa sobre "banco de dados".

Muito embora ambos os termos guardem similitude entre si, não podemos confundi-los por sinônimos; a natureza deles pode-se ter como semelhantes, porém, a forma de "abastecimento" e sua finalidade são por demasiado diversas, o que macula gravemente a retórica que se busca dar à norma em análise. Sobre essa diferenciação, temos a lição de Roscoe Bessa (2011, p. 77-78) que aduz que:

> (...) a distinção (...) se faz a partir da *fonte* e do *destino* da informação. Os *bancos de dados*, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). No *cadastro*, a informação é obtida diretamente do consumidor para o uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando se solicitam dados pessoais (nome, endereços postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), independentemente de a compra ser à vista ou mediante crediário. No *Cadastro*, objetiva-se estreitar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo a fidelizá-los a uma marca ou estabelecimento. (...) Nos *bancos de dados*, (...) os dados são coletados para posterior disseminação entre inúmeros fornecedores com vistas a alguma necessidade do mercado.

De logo, percebe-se que a finalidade é bastante diversa entre o simples cadastro e o banco de dados: enquanto o primeira busca, tão-somente, estreitar o vínculo existente entre o consumidor e um fornecedor específico, que recebeu estes dados diretamente de seu consumidor cadastrado, o banco de dados é criado por meio do repasse de informações oriundas de um terceiro ente na relação, que coleta os dados, em regra, com a anuência do consumidor, repassando-os para o mercado de consumo, de modo que outras empresas possam deles se utilizar para direcionar vendas ou analisar e melhor prever o

comportamento de seus consumidores.

Percebe-se, também, que a nomenclatura midiática – Cadastro Positivo – foi acompanhada uma enorme campanha midiática, sempre induzindo o consumidor a entender que, ao fornecer seus dados para as empresas mantenedoras dos bancos de dados, estes refletiriam uma melhor situação de concessão de crédito, sempre com termos que sugerem a ideia de valorização do consumidor. Podemos exemplificar a criação de sítios eletrônicos com os seguintes endereços:

> http://www.consumidorpositivo.net/,
> http://cadastropositivoserasa.com.br/,
> https://www2.boavistaservicos.com.br/consumidorpositivo/.

Dessa forma, fica clara a indução do consumidor em erro, ao apresentar uma campanha midiática diversa da fundamentação legal prevista pela Lei nº 12.414/2011. Essa indução abre caminho para a discussão sobre o necessário respeito à proteção constitucional do consumidor, sobre a ineficácia social do diploma legal em análise, permitindo realizar um paralelo entre a atual sociedade consumista, com consumidores sendo transformados em mercadorias, e a situação de desigualdade que leva à subversão do Estado de Direito, no sentir de Oscar Vilhena Vieira.

2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XXXII, a proteção constitucional do consumidor brasileiro, reforçando tal proteção no artigo 170, inciso V, ao eleger a defesa do consumidor como princípio básico sob o qual se funda a ordem econômica brasileira.

A proteção constitucional do consumidor é complementada por meio da Lei de número 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – que vem a traçar diretrizes básicas, buscando dar uma maior efetividade à proteção constitucional, ao apresentar definições acerca das relações de consumo, além de conceituar efetivamente consumidor e fornecedor. O CDC, então, traz princípios, direitos e deveres para todas as partes envolvidas nas relações.

Todavia, não podemos nos furtar de entender que a proteção

constitucional do consumidor não pode jamais ficar restrita ao Código de Defesa do Consumidor, pois apresenta-se como direito e garantia fundamental do cidadão brasileiro, pelo que deve ser entendida como um direito imanente a todo o ordenamento jurídico brasileiro, que deve ser levado em consideração não somente quando da efetivação de uma relação consumerista, como também em toda e qualquer atividade estatal, em especial, quando criação de novas leis, de modo a garantir que estas não fujam da necessária proteção a ser conferida ao consumidor/cidadão brasileiro.

Acerca da definição da fundamentalidade do ato de consumir para a sociedade moderna, temos uma importante lição apresentada por Ricardo Henrique Weber (2013, p. 75):

> O ato de consumir nunca ostentou o destaque na sociedade como na atualidade. Passou a ser quase ou praticamente uma condição humana. Por isso foi realçada a direito fundamental do indivíduo e da coletividade. Tal direito atua no exercício de proteção da dignidade da pessoa que pratica o consumo, para impor limites ao livre mercado.

Ao serem analisados, de forma detida, os preceitos apresentados pela Lei nº 12.414/2011, é notório que a mesma não busca uma efetivação da proteção constitucional do consumidor. Em que pese apresente, em seu bojo, diversas regulamentações sobre a forma de captação e de cessão dos dados, peca ao não apresentar, de forma definitiva, quais os usos que surgirão dos dados coletados.

Em realidade, o que se pode abstrair da "Lei do Cadastro Positivo de Crédito" é que se reveste em mais uma forma de proteção ao fornecedor de produtos ou de serviços, complementando o escopo da previsão do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor – Bancos de Dados de Proteção ao Crédito –, o qual possui denotação claramente negativa, uma vez que pode apenas registrar dados referentes à falta de pagamento, por parte dos consumidores, dos bens e serviços por estes adquiridos, não sendo suficiente para formar um perfil de consumo. Não obstante, ao fomentar-se a criação de um "cadastro positivo", no qual serão registrados todos os pagamentos realizados pelos consumidores, pode-se complementar seus perfis, sabendo-se o que este consome, o que é

pago e o que não é pago.

É importante pensar na proteção constitucional do consumidor de modo macro, enxergando-os como direitos humanos a serem efetivamente protegidos pelo poder público e não como um direito disponível, a ser tutelado da forma que melhor convenha aos detentores do poderio econômico. Neste sentido é o ensinamento de Herrera Flores (2009, p. 195), ao afirmar que "os direitos humanos como produtos culturais antagonistas se situam no meio dessas propostas, evitando em todo momento ficar reduzidos a meras pautas jurídicas de decisão judicial ou elevar-se aos céus estrelados da 'indecisão' humana.".

Não se pode permitir que a legislação brasileira seja utilizada em claro descompasso com a proteção constitucional do consumidor, sendo esta esquecida em favor dos interesses econômicos dominantes do mercado de consumo.

3 DA INEFICÁCIA SOCIAL DA LEI Nº 12.414/2011 – CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO

Em abril de 2014, o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – divulgou notícia em sua revista, na qual, após investigação, constatou-se a ineficácia social da Lei do Cadastro Positivo, representada pelo total desconhecimento dos termos da lei, de sua utilidade e da forma de implementação, e por uma fatia ínfima de usuários que, sabendo do que se trata Cadastro Positivo de Crédito, efetivamente procederam ao seu cadastramento.

A maior parte da população brasileira desconhece a existência do Cadastro Positivo de Crédito e, ainda assim, entre os que conhecem, existem diversas dúvidas acerca do seu funcionamento, de como se dará a proteção dos dados pessoais armazenados nestes bancos de dados, etc. Não se verifica também, até o momento, qualquer benefício imediato ao consumidor, que continua sem poder usufruir de melhores taxas de juros ante a autorização de acesso aos seus dados pessoais.

Não se questiona, no presente estudo, a validade jurídica da Lei nº 12.414/2011, haja vista ser a mesma emanada de órgão competente, promulgada, publicada e, posteriormente, regulamentada, encontrando aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que já se verifica a criação dos bancos de dados lá previstos.

Todavia, adota-se a concepção de Luís Roberto Barroso (2013, p. 65) sobre eficácia social, ou efetividade:

> [...] que se refere, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ou ao "reconhecimento" (AnerKennun) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento**. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos** (grifo nosso).

Ou seja, ao avaliar a eficácia social, ou efetividade, da Lei nº 12.414/2011, percebe-se o distanciamento existente entre os preceitos normativos, o princípio da proteção constitucional do consumidor e o conhecimento efetivo da população acerca da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, bem como de sua utilidade.

Não se pode aceitar que uma lei possua tamanho distanciamento social. Trata-se, em realidade, de uma lei criada sem a necessária fundamentação social, baseando-se, tão-somente, em poderes econômicos superiores, que buscam um maior controle sobre a população consumidora.

Nesse sentir, temos de nos socorrer, mais uma vez, dos ensinamentos de Herrera Flores (2009), ao descrever a necessidade de se entender o direito como um produto cultural da sociedade em que está inserido. Nessa linha, podemos constatar o descompasso entre o direito pressuposto pela Sociedade e o direito posto pelo Estado.

Para tanto, utilizamos as palavras de Eros Roberto Grau (1991), ao delinear o descompasso anteriormente apontado, assim definindo: "Legítimo será o Direito posto que consubstancie forma de desenvolvimento das forças sociais produtivas; ilegítimo, aquele que consubstancie entrave ao seu desenvolvimento". O direito posto (Lei do Cadastro Positivo de Crédito) é ilegítimo, pois em nada representa o direito pressuposto (produto cultural).

Em realidade, percebemos que a ilegitimidade do direito posto é consubstanciada ao revelar-se como um verdadeiro entrave ao desenvolvimento creditício da população brasileira, uma vez que representa mais uma forma de classificação e estratificação da sociedade,

o que será explorado, a seguir, em um estudo comparativo com a obra de Oscar Vilhena Vieira, no qual, para que haja um "pleno" poderio creditício, é necessário que se conceda acesso a toda sua vida de consumo econômico, de modo a não pairar dúvida quanto à segurança da concessão de crédito àquele cidadão.

Em contrapartida, o direito pressuposto pela sociedade alinha-se no sentido de questionar a atual forma do mercado de consumo, segundo a qual, em nome de uma suposta insegurança do mercado, apresentam-se taxas de juros cada vez maiores, envolvendo o cidadão brasileiro em uma verdadeira "espiral de crédito e juros", cujo fim somente se vislumbra com seu superendividamento, padecendo por completo ante os deleites do poder econômico dominante, que passa a definir o destino desse cidadão.

Percebe-se que, da forma posta, o direito não busca restabelecer a igualdade entre as partes envolvidas nas negociações de crédito, já tão severamente abaladas ante a discrepância econômica existente. O Estado fomenta, com isso, o desenvolvimento da desigualdade enquanto fator primordial do Estado de Direito, utilizando a lei para garantir o desequilíbrio. Garantindo-se a desigualdade, permanece a possibilidade de domínio social pelos grupos políticos, que são, em última análise, dominados por grupos de grande poder econômico. O Estado de Direito passa, então, a servir de ferramenta para a concretização das necessidades dos grupos de poder, travestindo a vontade por lei, tentando mostrá-la como algo necessário à população.

Sobre esse fato reforça Faria (1994, p. 18): "Com a progressiva concentração oligopolista dos setores produtivos, forjando mecanismos próprios para a autorresolução de seus conflitos; com a transformação do Executivo num poder simultaneamente provedor, interventor, regulador e planejador [...]".

Ainda sobre o deturpação do Estado de Direito pelos poderes econômicos, temos Campilongo (*in* FARIA, 1994, p. 37):

> Os grupos privados com maior poder de barganha e negociações políticas – algumas vezes, os "novos atores"; geralmente, os velhos beneficiários de uma estratificação social iníqua – "flexibilizam" os ordenamentos e atribuem às normas, não raras vezes, significados absolutamente diversos dos originais.

Sobre a desigualdade, pondera Faria (1994, p. 105):

> [...] os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade*, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios[...]

Complementando a total ausência de subsídio fático e de juízo valorativo da Sociedade, o Estado Brasileiro, consoante ensina Alaôr Caffé Alves (2002, 2011), reforçou a função ideológica do Direito na Sociedade Moderna, na qual, por meio das ferramentas propostas pelo próprio Estado de Direito, promove-se a desigualdade, apelando justamente para uma igualdade formal na criação do Direito. Reconhece o autor, então, que (ALVES, 2002, p. 32-33):

> A ordem jurídica nesse sentido funciona, ela mesma, como expressão direta e imediata da organização econômico-social básica. Para considerar, portanto, essa ordem como sendo a própria estrutura social, posta por decisão estatal positivada com base nos valores do bem comum e do interesse geral, há apenas um passo. É assim que o Estado, através da objetivação e formalidade jurídica, sobressai como produto imaginário da vontade constitucional e como sujeito ideal destacado da sociedade, figurando como ente político autônomo, racional, neutro, organizador do consenso geral e responsável pela coesão social.

Nesse mesmo sentido, Bauman (2008, pp. 15-16) reconhece a influência do poder econômico nas decisões do Estado de Direito, que trabalha para manter a continuidade da desigualdade existente entre os poderes sociais e econômicos:

> Além disso, a capacidade e a disposição do capital para comprar trabalho continuam sendo reforçadas com regularidade pelo Estado, que

> faz o possível para manter baixo o "custo da mão de obra" mediante o desmantelamento dos mecanismos de barganha coletiva e proteção do emprego, e pela imposição de freios jurídicos às ações defensivas dos sindicatos – e que com muita frequência mantêm a solvência das empresas taxando importações, oferecendo incentivos fiscais para exportações e subsidiando os dividendos dos acionistas por meio de comissões governamentais pagas com dinheiro público.

Ainda conforme Alves (2011), percebe-se que o direito posto (Lei do Cadastro Positivo de Crédito) foi proposto por um poder asséptico nos limites estabelecidos pelo sistema normativo racional-formal, de forma a defender uma suposta eficácia social do direito posto, uma vez que o mesmo foi criado por meio dos representantes eleitos nos moldes do Estado de Direito – representantes da forças sociais que, efetivamente, mostram-se desconsideradas quando da positivação do direito em análise.

A Lei do Cadastro Positivo de Crédito, estabelecida no nível hegemônico do Estado, demonstra o seu ineficaz resultado, operacionalizando o sistema de mercado e a possibilidade da exploração econômica, mantendo essa operacionalização revestida sob um manto de legalidade fundada em uma racionalidade estatal, inerente à própria condição do Estado de Direito, sendo capaz de explicar e justificar toda a realidade do direito (Alves, 2011, p. 27).

Ademais, submergem, no plano das aparências, as relações econômico-sociais antagônicas, reforçando a desigualdade fática e econômica já existente, precisamente no sentido de mantê-las e de reproduzi-las por meio de acesso aos dados pessoais dos consumidores, de modo a aprofundar o conhecimento dos fornecedores acerca de seus consumidores, não só como modo de oferecer outros produtos e serviços que possam se "encaixar" no perfil de consumo apresentado, como também de efetivar e de potencializar a transformação dos consumidores em mercadorias dos fornecedores, haja vista que, em nossa atual sociedade de consumidores, é necessário se tornar uma mercadoria desejável, pois, somente desta forma, serão abertas novas possibilidades de consumo, matéria primordial para a vida nesta sociedade. Como

adverte Zygmunt Bauman (2008, p. 74):

> Bombardeados de todos os lados por sugestões de que precisam se equipar com um ou outro produto fornecido pelas lojas se quiserem ter a capacidade de alcançar e manter a posição social que desejam, desempenhar suas obrigações sociais e proteger a autoestima – assim como serem vistos e reconhecidos por fazerem tudo isso –, consumidores de ambos os sexos, todas as idades e posições sociais irão sentir-se inadequados, deficientes e abaixo do padrão a não ser que respondam com prontidão a esses apelos.

Assim, fica claro o movimento econômico que vem se desenhando no sentido de, cada vez mais, orientar o mercado a dominar todas as informações dos consumidores brasileiros, utilizando como fundamento um suposto poder asséptico do Estado, que age nos limites de suas competências legislativas, sempre baseando-se em movimentos que possam garantir uma suposta igualdade de tratamento legislativo.

4 (DES)CONEXÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 12.414/2011 – UM DIÁLOGO COM OSCAR VILHENA

O artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, busca analisar a forma como as diferenças socioeconômicas são capazes de subverter preceitos básicos do Estado de Direito, em especial, o conceito de igualdade, sendo tal fato ressaltado pela criação de três categorias de cidadãos; *invisíveis, demonizados e imunes*.

Em que pese o fato de Vieira (2007) reconhecer a subversão do Estado de Direito com base no conceito econômico da sociedade, é possível aprofundar a desigualdade por ele apresentada, demonstrando como a mesma subversão pode ser observada especificamente no tratamento dispensado pelo Estado quando da proteção do consumidor brasileiro. Podemos, então, aplicar perfeitamente as categorias traçadas por Vieira no trato existente entre os consumidores brasileiros, os fornecedores de

produtos e serviços e a relação destes com a Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

O texto divide-se em duas partes. Na primeira, realiza-se uma análise da concepção do Estado de Direito e das razões que levam tanto os governantes quanto os governados a seguirem as leis. Já na segunda parte, é apresentada uma análise da subversão do Estado de Direito, culminando com a criação das três espécies explicitadas anteriormente.

Vieira (2007, pp. 31-32), utilizando a definição de Hayek, conceitua o Estado de Direito como uma união dos seguintes elementos:

> (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não pudesse arbitrariamente escolher uma pessoa para ser alvo de sua coerção ou privilégio; (b) a lei deveria ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos – Hayek defende que esse é um dos principais fatores que contribuíram para a prosperidade no Ocidente; (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos, a fim de que os incentivos para editar leis injustas diminuíssem; (d) deveria haver uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las, sejam juízes ou administradores, para que as normas não fossem feitas com casos particulares em mente; (e) deveria haver a possibilidade de revisão judicial das decisões discricionárias da administração para corrigir eventual má aplicação do Direito; (f) a legislação e a política deveriam ser também separadas e a coerção estatal legitimada apenas pela legislação, para prevenir que ela fosse destinada a satisfazer propósitos individuais; e (g) deveria haver uma carta de direitos não taxativa para proteger a esfera privada.

Todavia, na união acima apresentada, em conclusão apresentada por Vieira (2007), seguida no mesmo sentido por Alves (2011), é que o Estado de Direito acaba se tornando refém dos interesses políticos dominantes, que exaltam apenas as virtudes que sejam favoráveis ao grupo no poder,

tal como anteriormente demonstrado, utilizando-se de uma suposta assepsia do poder legiferante para garantir a subsistência da desigualdade.

Demonstra ainda Vieira (2007, p. 35) que "a aplicação imparcial da lei, como virtudes internas do Estado de Direito, estão diretamente associadas à noção de igualdade perante a lei obtida pela expansão da cidadania" (*sic*). Tal entendimento busca legitimar a aplicação do direito e a obrigatoriedade do respeito à lei, demonstrando à população que foram elas criadas em consonância com uma força maior, de modo a ficar claro que não estão adstritas às vontades de grupos economicamente dominantes. Porém, devemos entender que a aplicação imparcial da lei não é suficiente para garantir a igualdade, como reforça o autor (2007, p. 36) "a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos".

Ao analisar a Lei do Cadastro Positivo de Crédito, percebe-se claramente a existência dos fatos narrados por Vilhena Vieira, a discrepância entre o valor social de uma norma e dos interesses econômicos existentes em planos não aparentes da mesma lei.

Vieira (2007, p. 40) seguindo Rousseau, apresenta como "causa do declínio da democracia [...] a distorção na aplicação de leis gerais feita por magistrados que tendem a defender seus próprios interesses privados em detrimento da vontade geral expressa pela lei", desaguando na efetiva desigualdade entre as partes tuteladas, reforçada pela desigualdade econômica, que "mitiga a compreensão e o conhecimento de conceitos jurídicos básicos; ela subverte a aplicação das leis e o uso da coerção; e por fim atua contrariamente às construções de reciprocidade, tanto em termos morais, quanto em termos de mútua vantagem" (VIERA, 2007, p. 40).

Reforça-se o caráter desigual da Lei do Cadastro Positivo quando se reconhece que a lei não passaria pelo teste de generalidade de Hayek (VIEIRA, 2007, p.41), uma vez que, como anteriormente demonstrado, não advém de um plano de valoração social e busca claramente beneficiar um determinado grupo econômico, inclusive, pela sua própria origem, que remonta a uma Medida Provisória do Poder Executivo e não a uma proposição do Poder Legislativo devidamente legitimado.

Oscar Vilhena Vieira (2007) apresenta três categorias diferentes de cidadãos expostos à pobreza ou exclusão social e econômica: os *invisíveis,*

aqueles cujo sofrimento não causa qualquer reação social ou política dos demais grupos; *demonizados*, aqueles considerados como inimigos públicos, os quais, por esta razão, *não merecem proteção do Estado de Direito;* e, *imunes*, que podem ser entendidos como aqueles que violam sistematicamente os direitos humanos, envolvidos em atos de corrupção, ou mesmo aqueles que possuem alguma vantagem econômica.

Para a presente análise, buscamos relacionar estas três categorias com os atores sociais presentes na relação de consumo e na utilização da Lei do Cadastro Positivo de Crédito. Nesse sentido, teríamos então, novamente, a representação dos *invisíveis,* a coletividade dos consumidores que, uma vez incluídos na sociedade consumista, passam a ser vistos, *tão*-somente, como mais uma mercadoria à disposição dos fornecedores e que estariam dispostos a permitir livre acesso a seus dados pessoais em troca de inclusão nessa sociedade; *demonizados*, aqueles consumidores que lutam contra o sistema posto, negando-se a serem parte dos cadastros de consumo, não permitindo o acesso a seus dados pessoais; *e imunes*, que seriam as empresas, que se colocam em patamar de superioridade, em razão do seu poderio econômico, sendo capazes, inclusive, de financiar a criação de leis específicas para proteção dos seus interesses, de modo a subverter o Estado de Direito.

Seriam *invisíveis* todos os consumidores que nada questionam acerca de seu papel na sociedade consumista, aqueles que efetivamente já estão ali incluídos. Cada vez mais, esses consumidores são levados a compartilhar mais informações pessoais, garantindo o acesso pelos fornecedores a todos os seus dados. Como leciona Germaine (*apud* BAUMAN, 2008, p. 21): "na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte", ou seja, ao mesmo tempo em que se tornam visíveis por abrirem mão de suas informações mais íntimas, os consumidores passam a adotar o papel de invisibilidade, haja vista não serem mais levados em consideração quando da formulação das políticas públicas das relações de consumo, passando a ser peças meramente.

Já os *demonizados* seriam aqueles que buscam subverter a ordem do direito posto, no momento em que lutam e tentam se manter à margem da sociedade consumista estabelecida, buscando não abrir mão de todos os seus dados pessoais, de modo a ter algum controle sobre as suas decisões. Entretanto, são de imediato marginalizados, tidos como não dignos de receberem o mesmo tratamento dos *invisíveis*, que apenas concordam em

seguir com as ordens postas para a Lei do Cadastro Positivo de Crédito – cuja participação não é obrigatória, frise-se. Tornam-se *demonizados* aqueles que optam por se manterem fora destes bancos de dados, sendo vistos como párias que possuem algo a esconder, estando sujeitos a pagarem taxas de juros mais altas do que aqueles que optam por ceder seus dados pessoais para uso dos fornecedores de produtos e serviços.

Por fim, temos a personificação dos *imunes* nas empresas que se utilizam dos bancos de dados de histórico de crédito, sejam os positivos, objeto do presente estudo, sejam os negativos, já regulamentados pelo Código de Defesa do Consumidor, pois estes sistematicamente ferem os direitos fundamentais, tais como a proteção constitucional do consumidor. Para tanto, utilizam-se de sua posição de superioridade econômica, capaz de se refletir até mesmo nos caminhos legislativos adotados pelo Estado de Direito, que, em nome de uma suposta igualdade de tratamento, acaba por reforçar a ideia da desigualdade, de modo a sempre garantir as maiores vantagens aos *imunes*. Através da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, em nome de uma suposta igualdade entre consumidores e fornecedores, em razão do que poderiam ser concedidas maiores vantagens econômicas aos consumidores, reforça-se a desigualdade inerente àqueles que não desejam expor seus dados pessoais de consumo perante aqueles que não questionam a eficácia da lei e acabam por abrir mão de informações essenciais sobre sua vida de consumo.

Ademais, os *imunes* subvertem a ordem estabelecidas do Estado de Direito e passam a se utilizar dela para alcançar os seus interesses econômicos, disfarçando de sociais interesses puramente comerciais, que posteriormente serão revertidos em financiamento aos representantes dos poderes Legislativo e Executivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado, o presente artigo não busca exaurir o estudo sobre a matéria, extremamente ampla e com influências em diversas áreas dos conhecimento do Direito e da Sociologia. Foram traçados conceitos sobre a privacidade, autodeterminação informativa, proteção dos dados pessoais e proteção do consumidor brasileiro.

Todavia, desta parcial análise podemos trazer algumas conclusões:

(i) muito embora seja apresentada por um poder legítimo, a Lei nº 12.414/2011 não representa um clamor da população brasileira, sendo posta em defesa de interesses econômicos alheios à população consumidora, o que faz com que apresente um déficit de legitimação social;

(ii) a Lei do Cadastro Positivo de Crédito reforça a "coisificação" do consumidor brasileiro, transformando-o em mercadoria, uma vez que a negociação das suas informações pessoais, por meio dos bancos de dados de crédito positivo, representa um rentável negócio;

(iii) a proteção constitucional do consumidor sofre grave golpe ao se permitir que os poderes econômicos definam a forma que o Estado de Direito irá tomar, uma vez que se prestigiam, ainda que em um plano não aparente, as vontades dos que possuem maior poder de barganha econômica, fazendo com que o Estado de Direito passe a trabalhar para estes, garantindo a sua perpetuação;

(iv) ainda, a proteção constitucional do consumidor deve ser entendida como fundamento básico do Estado brasileiro. Não se limitando apenas aos preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, essa proteção deve ser pensada não somente em um nível legislativo, mas também em um nível principiológico, como fundamento imanente à sociedade brasileira, norteando todas as tomadas de decisões por parte do Poder Público; e, por fim,

(v) a visão de Oscar Vilhena Vieira acerca da subversão do Estado de Direito pode ser observada em diversos atos do Poder Público, não apenas em atos criminalizadores ou em violações explícitas aos Direitos Humanos; compreende um conjunto de decisões orientadas para o mercado e para as grandes corporações, fazendo com que os cidadãos e o próprio Estado acabem como reféns do mercado que ajudaram a criar.

É necessário um pensamento crítico em relação aos atos aparentemente inocentes e até benéficos lançados pelo Poder Público, pois, como se buscou demonstrar nesse breve estudo, muitas vezes eles podem acabar por revelar severas violações ou restrições a direitos fundamentais da sociedade brasileira, na medida em que servem a objetivos escusos dos poderes dominantes, e acabam por restringir o direito de liberdade e escolha do cidadão brasileiro, indo de encontro à proteção constitucional do consumidor, direito fundamental de nossa sociedade.

Deve-se analisar, portanto, não apenas a letra fria da lei e seus supostos

resultados, mas todo o "ecossistema" que será sustentado por essa lei. Numa análise sistemática, não podemos deixar de observar a fonte que fundamentou o surgimento da proposta legislativa e quais as vantagens econômicas que podem surgir para grupos específicos de dominação social.

___

A (DIS)CONNECTION BETWEEN THE CONSTITUTIONAL CONSUMER PROTECTION AND LAW N° 12.414/2011: THE SOCIAL INEFFECTIVENESS OF THE LAW AS PRESENTED WHEN COLLATED WITH THE LAW ASSUMPTION. A DIALOGUE WITH INEQUALITY AND THE SUBVERSION OF THE RULE OF LAW, BY OSCAR VILHENA

ABSTRACT: The present paper aims to study the Law no. 12.414/2011 - Positive Credit Register and its relationship with the constitutional safeguards of consumers. The examination is based on the social inefficacy of the law when compared to the expectation of the Brazilian consumer protection and the creation of laws based on the social development (law presupposition). It presents a brief background of Law no. 12.414/2011 with the comparative analysis between what was laid to the population and what would be expected from an essentially consumerist law. In the following, it is made a brief analysis of the consumers' constitutional protection, demonstrating the present state of disconnection between the Law no. 12.414/2011 and the referred protection, which must be understood extensively and not only limited to the specific legal dispositions for the consumerist protection. Then, a dialogue will be developed between the disconnection of Law no. 12.414/2011 and the constitutional protection of consumers to the paper "*Inequality and the subversion of the Rule of Law*", authored by Oscar Vilhena Vieira, in which there is a comparison of subversion presented there, which is reflected in the Positive Credit Register Law itself, as well as it presents a review of the three social categories risen by Vieira, *invisible*, *demonized* and *immune*, by comparing them with the social actors affected by the Positive Credit Register.

KEYWORDS: Database. Consumer protection. Social inefficacy. Fundamental rights.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. A função ideológica do direito. In: ARIENTE, Eduardo Altomare (Org.). *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Imprensa Oficial SP, 2002.
ALVES, Alaôr Caffé. A função ideológica do Direito na Sociedade Moderna. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional*: Teoria Geral do Estado. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2 v. p. 25–34.
BARRETO. Luiz Paulo Teles Ferreira; MANTEGA. Guido. *Exposição de Motivos Interministerial n° 171/2010 - MF/MJ.* , 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 6 jan. 2014.
BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2009. 432 p. 9788502075313.
BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522 p. 9788577006403.
BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199 p.
BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo*: comentários à Lei 12,414, de 09 de junho de 2011. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 160 p. 9788520340769.
BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 286 p. 8520324673.
BRASIL. 8.078. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor.* , 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2013.
BRASIL. 12.414. *Lei do Cadastro Positivo de Crédito.* 9 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 28 fev. 2014.
COSTA, Carlos Celso Orcesi Da. *Cadastro positivo*: Lei n. 12.414/2011: comentada artigo por artigo. Sao Paulo: Saraiva, 2012. 327 p. 9788502136656.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; OLIVA, Afonso Carvalho de. *A (des)conexão entre a proteção constitucional do consumidor e a Lei n° 12.414/2011*: a ineficácia social do direito posto quando cotejado com o direito pressuposto. Apresentação de Resumo (Tese Independente) apresentado em XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. Gramado/RS, 13 maio 2014. Disponível em: <http://brasilcon.org.br/brasilcon/apresentacao>

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 18 p. 8571475628.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 272 p. (Biblioteca de direito do consumidor, 18).8520321259.

GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*. v. 80, n. 673, p. 21–26 , nov. 1991.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos*: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 8537506478 9788537506479.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade Reexaminada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. 9788501057051.

SILVA, J. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 9788502077256.

Um tal "Cadastro Positivo". *Revista do IDEC* n. 186, p. 16–16, abr. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 4, n. 6, p. 28–51 , jan. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452007000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 4 jun. 2014.

WEBER, Ricardo Henrique. *Defesa do Consumidor*: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013. 164 p. 9788536243740.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Ângela Márcia Reis dos Santos*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo compreender a violência de gênero, identificando-a como um fenômeno histórico, fruto das relações patriarcais que culminam na discriminação, desigualdade e desproporcionalidade que elas firmam na relação de convívio, identidade e sexualidade entre os gêneros, subjugando a mulher ao poder do homem machista-dominador. Identificar a concepção histórica patriarcalista como a principal causa da violência de gênero. Destacar a necessidade de desnaturalizar a violência de gênero, desconstruindo estereótipos que dão azo ao discurso legitimador de crimes dessa natureza. A importância da reeducação e reestruturação da sociedade através de trabalhos de conscientização. Entender alguns conceitos, a ex., feminicídio, misoginia, cultura do estupro e culpabilização da vítima, distinção e correlação entre os mesmos. Fazer um apanhado de alguns avanços conquistados pelas mulheres no enfrentamento à violência de gênero no âmbito do direito, perpassando por uma breve análise da Lei 11.340/2006, a qual se considera um marco na luta contra a violência doméstica. O artigo tem como principais referenciais teóricos: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Cecília MacDowell Santos, Wania Pasinato Izumino.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero. Violência doméstica. Patriarcado. Enfrentamento. Direito.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem nascedouro há muito tempo, sendo, produto das relações de desigualdade de gênero e fruto muitas das vezes de uma concepção cultural, de cunho social, moral e/ou religioso, em que a mulher é submetida ao homem das mais diversas formas. Podendo, assim, ser definida como toda e qualquer conduta baseada

* Angela Reis – Bacharela em Direito. Graduanda em Letras. Pós-graduanda em Direito e Processo Civil. Escritora, poetisa, cronista e contista. E-mail: angelamarciareis@hotmail.com.

no gênero, que cause ou possa causar morte, dano ou sofrimento seja físico, sexual, psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Para enfrentamento da violência contra a mulher se faz necessário mergulhar na história, buscar a fundo a compreensão da origem de tal problemática e a partir daí trabalhar, desconstruir e desmistificar tal naturalização.

A Organização das Nações Unidas (ONU), como será oportunamente abordado, envidou esforços contra essa forma de violência, na década de 50, após a criação da Comissão de Situação da Mulher (CSW) pelo Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) em 1946, a qual tem, dentre as suas funções: formular recomendações ao ECOSOC sobre problemas de caráter urgente que requerem atenção imediata aos direitos das mulheres[1].

Desde então, várias ações vêm sendo desempenhadas, tanto no Brasil quanto em âmbito mundial, para a promoção dos direitos das mulheres e superação dessa violência como condição necessária para construção de uma humanidade mais justa e igualitária.

O presente artigo, ao abordar o tema, tem por escopo fazer uma breve análise sobre a violência contra a mulher na sua nascente, compreender a origem e problemática da violência no contexto das relações patriarcais de gênero, entender conceitos de violência, gênero, dominação, patriarcado, feminicídio, misoginia, cultura do estupro e culpabilização da vítima, distinção e correlação entre os mesmos. Fazer um apanhado de alguns avanços conquistados pelas mulheres no combate à violência de gênero no âmbito jurídico, perpassando por uma breve análise da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Utilizou-se no presente artigo da metodologia de pesquisa qualitativa teórica, tendo como principais referenciais teóricos Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Cecília MacDowell Santos, Wania Pasinato Izumino.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMPREENDIDA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO. ASPECTOS HISTÓRICOS: DOMINAÇÃO, PATRIARCADO E DESIGUALDADE DE GÊNERO

Percebe-se, pelo introito, que a violência em si é um fenômeno antigo e que por ser visto com o olhar costumeiro, moldado intrinsecamente no seio da sociedade como algo que sempre ocorreu e sempre ocorrerá, é também por isso banalizado. E por banalizar acaba-se naturalizando algo que jamais deveria ser visto de forma natural, tampouco justificar agressões infundadas por meio de argumentações biologicistas ou por que não dizer machistas, fruto do patriarcado.

Sobre o tema Mônica de Melo e Maria Amélia de Almeida Teles (*apud* PINTO e CUNHA, 2015), enfatiza que: "A prática da violência de gênero é transmitida de geração a geração tanto por homens como por mulheres**.** Basicamente, tem sido o primeiro tipo de violência em que o ser humano é colocado em contato direto. A partir daí, as pessoas aprendem outras práticas violentas. E ela torna-se de tal forma arraigada no âmbito das relações humanas que é vista como se fosse natural, como se fizesse parte da natureza humana. A sociedade legitima tais condutas violentas e, ainda nos dias de hoje, é comum ouvir que as "mulheres gostam de apanhar". Isso dificulta a denúncia e a implantação de processos preventivos que poderão desarraigar, por fim à prática da violência de gênero. A erradicação da violência social e política passa necessariamente pelo fim da violência de gênero, que, sem dúvida, dá origem aos demais tipos de violência"; (grifo nosso).

A violência de gênero, portanto, está calcada nas relações patriarcais, na desigualdade e desproporcionalidade que elas firmam na relação de convívio, identidade e sexualidade entre os sexos. Gênero, por sua vez, é uma concepção criada para comprovar que a grande maioria das discrepâncias entre os sexos são formadas a partir de papéis socioculturais diferenciados que, na ordem patriarcal, criam pólos de dominação e submissão.

Em artigo de Marilena Chauí (*apud* SANTOS e IZUMINO, 2005), intitulado "Participando do Debate sobre Mulher e Violência" a autora concebe violência contra as mulheres como fruto de uma ideologia de dominação masculina que é passada e reproduzida tanto por homens como mulheres. Chauí define como uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir. A ação violenta trata o dominado como 'objeto' e não como "sujeito", o qual é silenciado e se torna dependente e passivo. Nesse diapasão, o ser dominado perde sua autonomia, ou seja, sua liberdade,

entendida como "capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir. [...] Argumenta a autora que as mulheres são "cúmplices" da violência que recebem e que praticam, mas sua cumplicidade não se baseia em uma escolha ou vontade, já que a subjetividade feminina é destituída de autonomia. As mulheres são "cúmplices" da violência e contribuem para a reprodução de sua "dependência" porque são "instrumentos" da dominação masculina.

Por outra linha a perspectiva feminista e marxista do patriarcado, introduzida no Brasil pela socióloga Heleith Saffioti (*apud* SANTOS e IZUMINO, 2005), vincula a dominação masculina aos sistemas capitalista e racista. Nesse sentido a autora salienta que: "o patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isso, ele é também um sistema de exploração. [...] Aduz que a ideologia machista, na qual se sustenta esse sistema, socializa o homem para dominar a mulher, e esta para se submeter 'ao poder do macho'". A violência contra a mulher resulta da socialização machista. "Dada sua formação de macho", o homem julga no direito de espancar sua mulher. Esta, educada que foi para submeter-se aos desejos masculinos, torna este "destino" como natural.

Ao contrário de Chauí, Saffioti rejeita a ideia de que as mulheres sejam "cúmplices" da violência. De outra banda, embora as concebendo como "vítimas", a autora as define como "sujeito" dentro de uma relação desigual de poder com os homens. Para a autora, as mulheres se submetem à violência não porque "consintam", elas são forçadas a "ceder" (*apud* SANTOS e IZUMINO, 2005). Tese pela qual corroboramos. E acrescentamos que muitas vezes é o medo que as toma pelas mãos, o medo de sofrer represálias, de padecer de um mal maior, de não saber desacostumar a não estar só, a não saber viver sem morar no outro, a não saber desabitar-se, que muitas mulheres se submetem ao alvedrio dos homens, ao poder que exercem sobre as mesmas. O medo é uma prisão. A violência seu jugo, o "macho"-dominador: o carcereiro. Assim, na mesma linha de Saffioti entendemos que não se pode compreender o fenômeno da violência como algo que acontece fora de uma relação de poder. Nos quadros de violência há sempre a sobreposição de um poder sobre o outro, do poder dominante sobre o dominado, há uma subjugação.

O patriarcado é, por conseguinte, uma especificidade das relações

de gênero, determinando, a partir delas, um processo de dominação-subordinação. Assim, na sua origem, a violência contra a mulher decorre do modo como fabricamos essas relações de gênero e de como as reforçamos em nossos discursos, jogos, brincadeiras, piadas, propagandas e na mídia, para os quais devemos estar sempre atentos.

2.1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: FEMINICÍDIO, MISOGINIA, CULTURA DO ESTUPRO, CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA

A discriminação de gênero é um fenômeno histórico calcado na dominação do homem sobre a mulher, como decorrido acima, e seus efeitos são facilmente notados em diversas áreas. Percebe-se, entretanto, que essa relação de dominação-exploração baseada no sexismo é ainda mais latente no campo penal, o que enseja punição ainda mais severa pelo legislador nos casos de feminicídio dado os altos índices das mortes de mulheres decorrentes de conflito de gênero. Segundo dados do IPEA esses crimes são geralmente praticados por homens, principalmente parceiros ou ex-parceiros, e decorrem de situações de abusos no domicílio, ameaças ou intimidação, violência sexual, ou situações nas quais a mulher tem menos poder ou menos recursos que o homem.

De acordo com estudo da Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (Flacso)[2] com o apoio do escritório no Brasil da ONU Mulheres, da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH – criado na gestão da Presidenta Dilma e extinto pelo atual governo Temer em 12/05/16), divulgado no Mapa da Violência de 2015: homicídios de mulheres no Brasil, revela que 50,3% das mortes violentas de mulheres são cometidas por familiares e 33,2% por parceiros ou ex-parceiros. Sendo que no período de 1980 e 2013 foram vítimas de assassinato 106.093 mulheres, 4762 só em 2013. Aponta, ainda, um aumento de 54% em dez anos no número de homicídios de mulheres negras, passando de 1864, em 2003, para 2875, em 2013. No mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8%, saindo de 1747 em 2003 para 1576 em 2013. O estudo foca a violência de gênero e mostra que, no Brasil, 55,3% desses crimes

foram cometidos no ambiente doméstico e 33,2% dos homicidas eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas, com base em dados de 2013 do Ministério da Saúde. O país tem uma taxa de 4,8 homicídios por cada 100 mil mulheres, a quinta maior do mundo, conforme dados da OMS que avaliaram um grupo de 83 países.

Atendendo ao reclame da sociedade e considerando os altos índices de violência de gênero, e como forma de coibir, reprimir e punir de forma mais dura os delitos dessa natureza, foi criado o PL 8305/14 de autoria da CPMI Violência contra a Mulher no Brasil, e após luta incansável da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres em conjunto com as bancadas feministas da Câmara e do Senado conseguiram aprovar a Lei Ordinária nº 13.104/2015, que alterou o art. 121 do CP para nele incluir o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo).

A incidência da nova figura criminosa reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

Com o advento da nova Lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio incluindo-se, portanto, no rol dos crimes hediondos, sofrendo, assim, todos os consectários da Lei 8.072/1990.

Outra forma de discriminação, traço da cultura machista e patriarcal arraigada na história, é a misoginia que pode ser definida como o ódio, desprezo, aversão, desrespeito, menosprezo e preconceito contra mulheres. Mas a misoginia não atua somente desta maneira, também como modo de colocar as mulheres em posição de descrédito perante a sociedade e autodepreciação pelo simples fato de serem mulheres. É uma forma de violência que tolhe, humilha, fere a integridade e a moral da mulher enquanto Ser, sendo, portanto, também uma forma de violação aos direitos humanos. Vale lembrar que recentemente tivemos casos de misoginia praticados contra a Presidenta Dilma Rousselff.

Nessa esteira surge ainda outro tipo de violência de gênero perpetrada contra a mulher também fruto do patriarcado: o estupro, o qual reserva íntima relação com a misoginia, pois é alimentada por esta. Um dos alicerces do patriarcado é a reificação da mulher, coisificação da figura feminina, a qual é desumanizada e transformada

em mero objeto a serviço do prazer do homem, o elemento central da cultura do estupro. Infelizmente o estupro habita sorrateiramente desde muito tempo e sua naturalização está longe de acabar enquanto restar resquícios de uma sociedade machista e continuar sendo invisibilizada, haja vista que a maioria dos casos acontece silenciosamente, ou quando se tem notícias do fato criminoso a punibilidade do agressor/opressor depende em regra de representação da ofendida. Sendo que a vítima muitas das vezes não denuncia o autor do crime por vergonha, medo e em razão da culpabilização da própria vítima pelo delito perpetrado por seu agressor.

Fato que ocorreu no recente caso que chocou o Brasil quando uma jovem de 16 anos, no dia 23 de maio, na cidade do Rio de Janeiro, foi estuprada por 33 homens e como se não bastasse veio a ser publicamente exposta com a divulgação do vídeo pela internet. A classe e mídias machistas/opressoras procuraram justificar o injustificável culpabilizando a vítima, ou seja, a mulher, pelo crime sofrido. Construções, como essa, que asseveram a persistência de discriminações em desfavor das mulheres são reproduzidas rotineiramente, colocando a mulher como alguém duvidável ou merecedora da violência sofrida, passando de vítima a coautora do crime que a vitimou – o que se manifesta, inclusive, no discurso de alguns advogados de defesa de réus, principalmente nos crimes de estupro e nos crimes mais extremos: feminicídios.

Utiliza-se, muitas vezes, de estratégia discursiva de culpabilizar a vítima por meio da desqualificação da palavra e da própria mulher disseminando, desta forma, a manutenção de uma cultura machista, patriarcal e preconceituosa ao tentar justificar condutas criminosas. Nesse cenário, é de suma importância, conforme Recomendação nº 33 do Comitê CEDAW que os Estados-Partes promovam capacitações em relação com todos os agentes dos sistemas de segurança e justiça e estudantes de direito – com vistas a evitar, assim, que aqueles profissionais que devem garantir direitos sejam reprodutores de tais discriminações: "As mulheres devem poder contar com um sistema de justiça livre de mitos e estereótipos, e com um Judiciário cuja imparcialidade não seja comprometida por pressupostos tendenciosos. Eliminar estereótipos no sistema de justiça é um passo crucial na garantia de igualdade e justiça para vítimas e sobreviventes" – recomenda o documento[3].

É imperiosa a necessidade de desconstruir estereótipos relacionados às mais variadas formas de violência contra as mulheres e não dar azo ao discurso legitimador da violência praticada contra as mesmas.

2.2 AVANÇOS CONQUISTADOS PELAS MULHERES NO ÂMBITO DO DIREITO NO QUE CONCERNE AO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Pode-se observar, apesar de resquícios do patriarcado tão presentes ainda nos nossos dias e sua consequente produção e reprodução histórico-cultural, com liames de dominação-exploração/violência, nítidos avanços foram e continuam sendo conquistados pelas mulheres na seara jurídica.

Nesse aspecto, a organização das Nações Unidas (ONU) engendrou seus esforços contra essa forma de violência, na década de 50, com a criação da Comissão de Status da Mulher que formulou entre os anos de 1946 e 1962 uma série de tratados com base na Carta da Nações Unidas, a qual declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente entre homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu art. 2.º, item 1, foi incisiva ao alertar que: "toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição"[4], e toda forma de violação a essas garantias é um atentado aos Direitos Humanos.

A violência contra a mulher, nas suas múltiplas formas, nada mais é do que uma forma de violar e restringir esses direitos e liberdades à medida que subjuga à mulher a partir do binômio dominação-exploração masculina. Nesse sentido, Teles e Melo (2002) salienta que o termo violência pode ser compreendido como o de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente. É certo que, muito embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade ainda não fora alcançada de forma real, substancial, continua

sendo compreendida, ainda, em seu aspecto formal.

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)[5], primeiro instrumento internacional dos direitos humanos voltado para proteção das mulheres, conhecida, destarte, como a Lei Internacional dos Direitos da Mulher, resultante da I Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em 1975. Essa Convenção tem por objetivo a promoção dos direitos da Mulher na busca da igualdade de gênero, bem como, a repressão de quaisquer discriminações, sendo ratificada pelo Brasil em 1984, passando, assim, a reconhecer, ao menos formalmente, os direitos das mulheres e a violência que sofrem.

Segundo Pinto e Cunha (2015) "a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi, dentre as Convenções da ONU, a que mais teve reservas por parte dos países que a ratificaram". E em virtude da grande pressão das entidades não governamentais, especificamente na III Conferência Mundial da Mulher, em 1993, é que houve o reconhecimento de que os direitos da mulher também são direitos humanos, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que: 'Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais". Reconheceu-se que tais direitos encontravam-se amparados sob uma ótica exclusivamente masculina e que apenas a citação da igualdade entre homens e mulheres na Declaração Universal dos Direitos Humanos não era o bastante para findar a desigualdade.

Saliente-se que a omissão dos Estados signatários, denunciada na referida Conferência, quanto ao compromisso adotado, revelou o preocupante diagnóstico da situação feminina, principalmente, no que concerne, à violência de gênero.

Um aspecto importante acerca da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conforme observam Helena Omena Lopes de Faria e Mônica Melo (*apud* PINTO e CUNHA, 2015) é que "prevê a possibilidade de adoção, pelo Estado, de medidas afirmativas ("ações afirmativas") visando acelerar o processo de obtenção da igualdade entre a mulher e o homem". Destaca, ainda, os autores na definição de Serge Athabahian (*apud* PINTO e CUNHA, 2015), que: "as ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas

objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas".

Permite-se, desta forma, a "discriminação positiva", pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais providências, de caráter excepcional e transitório, cessarão quando atingido o seu objetivo. São medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório, buscando a pluralidade e diversidade social (como, por exemplo, a recente política de cotas nas universidades para os estudantes afrodescendentes) (PINTO e CUNHA, 2015).

Ainda em 1993, elaborou-se a Declaração sobre Eliminação da Violência Contra a Mulher, aderida no mesmo ano pelo Brasil. E em 1995, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), único tratado internacional que aborda especificamente sobre violência de gênero, firmando, assim, o dever de elaborar políticas públicas e prestar serviços voltados para a proteção das mulheres.

É importante ressaltar que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, conforme o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, tem força normativa de princípios constitucionais, devendo, desta forma, orientar toda a atuação Estatal.

Pinto e Cunha (2015) asseveram que a incorporação, em nosso direito – através de decreto presidencial – das convenções internacionais, com status de norma constitucional, era matéria polêmica e não aceita pela jurisprudência do STF. Conforme os autores Pinto e Cunha (2015), era reiterado o debate, nesse ponto, sobre as duas teorias que inspiram as formas de integração do direito internacional no ordenamento jurídico interno de cada país: a teoria dualista, a não admitir a imediata incorporação dos tratados internacionais, que exigiria, assim, a prática de um ato jurídico interno (assim, o tratado somente teria vigência quando precedido de uma lei interna, votada segundo o sistema legislativo de cada país). E a teoria monista, para quem o tratado internacional, uma vez subscrito, irradia efeitos imediatos, prescindindo de qualquer ato posterior. Esclarecem que atualmente para a mais alta Corte do país, a Convenção adentra nosso sistema jurídico como verdadeiro direito

positivo, na condição de status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Isso implica dizer que não criam apenas obrigações do Estado perante a comunidade internacional, também geram obrigações internas, criando novos direitos às mulheres, que passam a ter como suporte a instância internacional de decisão quando todos os recursos internos disponíveis falharem na realização da justiça (TELES e MELO, 2002).

Foi o que ocorreu com o Caso Maria da Penha (nome que batizou a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que trata sobre os casos de violência doméstica – outra evolução conquistada pelas mulheres no âmbito jurídico, a qual será posteriormente abordada no presente artigo por ser no âmbito doméstico ou familiar que mais se verifica casos de violência contra a mulher) que, conforme Pinto e Cunha (2015), chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, após apresentação de denúncia pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), sendo a denúncia recebida em 20 de agosto de 1998.

A principal tarefa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consiste em analisar as petições apresentadas denunciando violações aos direitos humanos, assim considerados aqueles relacionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Possuem legitimidade para formular tais petições qualquer indivíduo, grupo ou ONG legalmente reconhecida por pelo menos um Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA). Também a vítima da violação pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como terceira pessoa, com ou sem o conhecimento daquela primeira (PINTO e CUNHA, 2015).

Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001. [...] Dada à repercussão que ganhou, inclusive na seara internacional, serviu como poderoso incentivo para que se restabelecessem as discussões sobre o tema, culminando, passados pouco mais de cinco anos de sua

publicação, com o advento, finalmente, da Lei Maria da Penha (PINTO e CUNHA, 2015).

Segundo, ainda, os autores Pinto e Cunha (2015) no Relatório 54/2001 há uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e Convenção de Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995), assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados.

Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que "a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica". E nem poderia ser diferente: passados quase 19 anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade verificada por conta, principalmente, da lentidão da justiça e da utilização desenfreada de recursos, revela que o Estado brasileiro, de fato, não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas (PINTO e CUNHA, 2015).

Na conjuntura brasileira, a década de 70 é sinalada pelo surgimento dos primeiros movimentos feministas, organizados e politicamente engajados em defesa dos direitos das mulheres contra o sistema social opressor – o machismo. A política sexista reinante até então, deixava impunes muitos assassinatos de mulheres sob o argumento de legítima defesa da honra. Como exemplo, temos em 1976, o brutal assassinato de Ângela Maria Fernandes Diniz pelo seu ex-marido, Raul Fernando do Amaral Street (Doca) que não se conformou com o rompimento da relação e acabou por descarregar um revólver contra o rosto e crânio de Ângela. Levado a julgamento foi absolvido sob o argumento de haver matado em "legítima defesa da honra". A grande repercussão dada à morte de Ângela Diniz na mídia, acarretou numa movimentação de mulheres em torno do lema: "quem ama não mata".

O caso acima não é isolado, é apenas um dos exemplos de impunidade nos casos de violência perpetrados contra mulheres no decorrer dos tempos.

A partir do engajamento do movimento de mulheres contra essa forma de violência, surge em 1981, no Rio de Janeiro, o SOS Mulher, tendo como escopo um espaço de atendimento às mulheres vítimas de violência, além de ser um espaço de reflexão e mudanças das condições de vida dessas mulheres. O SOS Mulher não ficou restrito ao Rio de Janeiro, tal iniciativa também fora adotada em outras capitais, como São Paulo e Porto Alegre.

A luta dos movimentos de mulheres em parcerias com o Estado para implementação de políticas públicas resultou na criação do Conselho Estadual da Condição Feminina em 1983; na ratificação pelo Brasil da CEDAW em 1984; ao que se seguiu em 1985, a implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher; e, da primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM). Ao ratificar a CEDAW, o Estado Brasileiro se comprometeu perante o sistema global a coibir todas as formas de violência contra a mulher e a adotar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência de gênero.

Outro caso emblemático de violência perpetrada contra a mulher que repercutiu no Brasil foi o assassinato brutal da atriz Daniella Perez, na noite de 28 de dezembro de 1993, tendo como coautores do crime de homicídio o ator Guilherme de Pádua e sua esposa Paula Thomaz. Após o assassinato da filha, a novelista Glória Perez iniciou uma campanha para coletar 1,3 milhão de assinaturas com o escopo de alterar o Código Penal, de forma a incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. A iniciativa foi o primeiro passo para que a Lei nº 8072/1990 fosse alterada, o que ocorreu em setembro de 1994. A coleta de assinaturas foi a primeira iniciativa popular de projeto de lei a se tornar lei efetiva na história do Brasil. Apesar do esforço engendrado pela novelista Glória Perez, como o assassinato da atriz Daniella Perez foi anterior à alteração da Lei que trata dos crimes hediondos, Guilherme de Pádua e Paula Thomaz foram beneficiados pela progressão da pena, em face da irretroatividade da lei penal, sendo vedado *a novatio legis in pejus* (grifo nosso).

A inserção da qualificadora de feminicídio, introduzida pela Lei 13.104/2015 (originária do PL 8305/14 de autoria da CPMI Violência contra a Mulher no Brasil instituída no Governo de Dilma Rouseff, a qual foi aprovada após luta incansável da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres em conjunto com as bancadas feministas da

Câmara e do Senado), alterou o art. 121 do CP, passando, desta forma, a tratar com maior rigor, como alhures citado, os casos de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

Com a novel lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio, incluindo-se, portanto, no rol dos crimes hediondos, sofrendo, assim, todos os consectários da Lei 8.072/1990.

O § 2º-A foi também acrescentado ao art. 121 do CP esclarece quando a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino: Em seu inciso I traz inserto os casos que abrangem os crimes de violência doméstica, tema que passamos a analisar dada a suma importância, visto que é no âmbito da violência doméstica ou familiar que são perpetrados os maiores e os mais diversos casos de violência contra a mulher.

2.3 O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A ÓTICA DA LEI 11.340/06

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, é um marco histórico na luta feminista, resultante da condenação imposta ao Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que determinou, entre outras medidas, 'prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil' (Caso Maria da Penha, Informe 54/01, de 16 de abril de 2001). Tem por objetivo prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do estatuído no § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Verifica-se, entretanto, pela leitura do artigo 1º da Lei 11.340/06 a omissão quanto à erradicação da violência que cotidianamente é praticada contra a mulher, conforme compromisso assumido na Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e talvez nesse sentido mereça ser revista. É certo que a violência contra a mulher não é algo novo, está arraigada nas relações patriarcais desde muito tempo, na disparidade que elas se assentam na relação de convívio, identidade e sexualidade entre os gêneros, portanto, um tanto distante de acabar, porém não pode ser vista com olhos costumeiros, pois é uma forma de naturalizar a violência, achá-la normal e que por esse motivo não possa ser erradicada. Nas palavras de Kofi Annan – ex-Secretário Geral das Nações Unidas: "A violência doméstica contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas, culturais ou de riqueza. Enquanto, se mantiver, não podemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz" (grifo nosso).

A violência doméstica e familiar contra a mulher é definida na referida Lei como toda e qualquer conduta (ação ou omissão) baseada no gênero, que cause morte, lesão, sofrimento seja físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher: no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente (espaço caseiro), envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da empregada, conforme art. 27, parágrafo único, inciso VII da Lei Complementar nº 150 de 2015); no âmbito da família que engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção) (PINTO e CUNHA, 2015).

Sobre o tema, o Enunciado 2, do Fonavid (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), prevê *in verbis*: "Inexistindo coabitação ou vínculo de afeto entre agressor(a) e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco estabelecido pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei 11.340/2006 decorrer exclusivamente das relações de parentesco"; O inc. III, de forma ampla (tornando, ao que parece, dispensáveis os incisos anteriores) etiquetou como violência "doméstica" qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor etc. A propósito, o Enunciado 1 do Fonavid (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar

contra a Mulher) prevê que "para incidência da Lei Maria da Penha, não importa o período de relacionamento entre vítima e agressor(a), nem o tempo decorrido desde o seu rompimento, bastando que reste comprovado que a violência decorreu da relação de afeto"(PINTO e CUNHA, 2015).

A Lei 11.340/2006, como se pode observar na definição acima, extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5.º). Nesses casos, a ofendida passa a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão (PINTO e CUNHA, 2015). Cuida-se, desta forma, de importante estatuto protetivo, pois reconhece a violência de gênero, ainda que em território doméstico, e interfere no poder patriarcal do qual o homem é dotado no ambiente privado, limitando-o, fazendo valer o previsto no artigo 226, §8º da CF, o qual dispõe que é dever do Estado como forma de proteção criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, mudando, assim, a visão deturpada e arcaica de que "em briga de marido e mulher não se mete a colher", levando em consideração as condições peculiares das mulheres em situação de violência no âmbito das relações domésticas e familiares.

É importante ressaltar que para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher (TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, rel. Júlio Cezar Gutierrez) (PINTO e CUNHA, 2015).

Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor, como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem

integrar o pólo passivo da ação delituosa (TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, rel. Júlio Cezar Gutierrez)(PINTO e CUNHA, 2015).

A violência doméstica retrata complexidades próprias e como se trata de uma relação afetiva de interdependência dificulta sobremaneira que a vítima consiga se afastar e desvincular do agressor sem auxílio externo. A esse fato somam-se fatores de cunho social, religioso e econômico que pressionam de certo modo a vítima a não romperem o laço familiar e/ou a relação íntima de afeto e impeçam de denunciar seu opressor/agressor sofrendo uma violência cíclica, continuada, até chegar ao limite da dor que pode se dar de forma trágica ou libertadora, ainda, que com marcas profundas da violência, seja física ou psíquica.

Para prevenir, coibir e erradicar esses ciclos de violência e modificar a concepção machista-dominadora/opressora é de suma importância a inserção nos currículos escolares, desde cedo, de conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero, raça ou etnia e ao problema da violência doméstica; bem como trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção, acompanhamento psicológico, entre outras medidas, voltadas não somente à vítima, também ao agressor e familiares, conforme dispõe a Lei 11.340/2006. Contribuindo, desta forma, para a conscientização sobre a violência de gênero a qual pode culminar com a morte violenta de mulheres (sejam mães, irmãs, filhas etc.) ou deixar sequelas físicas e/ou emocionais para toda vida, fazendo compreender que a violência doméstica é também um problema de saúde pública que afeta mulheres em diversas regiões do país.

Ponto importante previsto na Lei 11.340/2006 é a criação de políticas públicas para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar por meio de uma rede de proteção articulada envolvendo a União, Estados, o Distrito Federal e Municípios, bem como Entidades não governamentais. As ações devem ter como diretrizes a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria com as áreas de segurança publica, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; a elaboração de estudos e estatísticas, o que ajuda a compreender a dimensão do problema e dar mais visibilidade a uma prática que tem tirado a vida e ferido física/psicológica muitas mulheres; o respeito à mulher nos meios de comunicação; a implementação de atendimento policial especializado, assim como a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, Guarda Municipal, do Corpo

de Bombeiros e dos profissionais elencados no inciso I, da referida Lei; a promoção e realização de campanhas educativas; programas educacionais e a inserção nos currículos escolares de conteúdos atinentes aos direitos humanos, à equidade de gênero, raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher (vide art. 8º).

Trata, ainda, a Lei 11340/2006 a prestação de assistência à mulher em casos de violência doméstica e familiar, sendo que tais mecanismos de assistência tripartem-se em: (a) "assistência social" (Lei 8.742/1993), incluindo a ofendida no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal; (b) "à saúde" (Lei 8.080/90), compreendendo o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual; (c) "à segurança pública", garantindo à vítima proteção policial, bem como abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida e, se necessário, acompanhamento da ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar (ver art. 11 da referida Lei)(PINTO e CUNHA, 2015).

No que concerne à profilaxia e contracepção de emergência e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis no caso de violência sexual, conforme o disposto no artigo 9º, § 3º da Lei Maria da Penha, a Lei nº 12.845/2013, sancionada pela Presidência da República em 01 de agosto de 2013, resultante do PLC 03/2013 de autoria da deputada federal Iara Bernardi, obriga o SUS a prestar atendimento emergencial e multidisciplinar às mulheres vítimas de violência sexual, a realização de diagnóstico e tratamento de lesões, exames para detectar doenças sexualmente transmissíveis e contracepção de emergência, bem como o registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual.

Antes da Lei 12.845/2013, a mulher em situação de violência de crime dessa natureza era obrigada a registrar primeiro a ocorrência numa delegacia especializada ou delegacia comum, na falta daquela, para depois ser encaminhada ao Instituto Médico Legal para exame de corpo delito e só então, a partir dessas medidas, poder fazer uso da profilaxia,

contracepção de emergência e outros procedimentos médicos necessários nos casos de violência doméstica, a que se refere a Lei 11.340/06.

Um retrocesso aos direitos conquistados pelas mulheres com o advento da Lei de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual emergencialmente pelo SUS (Lei 12.845/2013) é o Projeto de Lei 5069/2013, de autoria de Eduardo Cunha (PMDB-RJ), aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados em 21/10/2015, que modifica a Lei 12845/13. A polêmica é que essa lei prevê como deve ser o atendimento a mulheres que foram vítimas de estupro. Parlamentares discutiram, por exemplo, se o profissional de saúde deve ou não dar informações à vítima sobre seu direito ao aborto, e se a mulher deve ou não ser obrigada a fazer um exame de corpo de delito. A CCJ decidiu manter o direito à informação, mas introduziu a obrigatoriedade de registro de ocorrência e exame de corpo de delito.

A Lei 11.340/06 orienta como deve ser realizado o atendimento da mulher nas delegacias e adoção de medidas pela autoridade policial pertinentes ao caso (vide art. 10); os procedimentos a serem adotados quanto ao registro da ocorrência e processamento do inquérito policial; dispõe expressamente sobre o direito da vítima às medidas protetivas de urgência, que obrigam o agressor, como exemplo, a afastar-se do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, a proibição de determinadas condutas, entre as quais, aproximar-se da vítima, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite de distância mínimo entre estes e o agressor, a prestação de alimentos provisórios (atribuindo, assim, competência cível aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar para resolução de questões de caráter urgentes), o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programas de proteção ou atendimento (vide arts. 18, 22 e 23).

Garante também às mulheres em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita (art. 28); O atendimento por equipe multidisciplinar dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, a qual compete, dentre outras medidas, desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção, acompanhamento psicológico voltados não somente para a vítima, também ao agressor e aos familiares, com especial atenção às crianças e adolescentes (art. 29 e 30).

Vale, ainda, ressaltar, conforme estatuído no art. 41 da Lei 11.340/06, que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9099/1995, dada a própria natureza do crime de violência doméstica. Proibindo, assim, que crimes de gênero deixem de ter o tratamento jurídico adequado e relevante dado os altos índices de criminalização contra as mulheres, e se enquadre como mero crime de menor potencial ofensivo, como prevê a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nesse mesmo sentido, verifica-se o disposto no artigo 17, da Lei 11.340/06 que veda a aplicação, nos casos de violência familiar contra a mulher, de pena de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, sabido que a multa, prestação pecuniária ou cesta básica, quase sempre aplicadas nos casos submetidos à Lei 9.099/1995, revelam-se insuficientes para reprovação e prevenção do crime. Assim referida restrição, presta-se à preservação do próprio direito protegido pela nova lei, que é de conteúdo valorativamente superior ao restringido.

Em que pese a Lei 11.340/06 ser um marco para o enfrentamento e reconhecimento da violência de gênero, que tem uma de suas faces a violência doméstica, tradicionalmente invisibilizada e naturalizada pela sociedade, muitos dos dispositivos programáticos da referida lei não foram totalmente efetivados, a exemplo dos Juizados e Varas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Segundo dados obtidos no CNJ no período de 2006 a 2015, o número de varas especializadas em atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar passou de seis para 91 unidades, de acordo com levantamento do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Muito embora a quantidade tenha crescido ainda está longe do ideal para atendimento de todos os municípios do Brasil.

É de suma importância a criação de unidades deste tipo para dar maior efetividade à Lei 11.340/06, haja vista que diferente das demais varas, contam com apoio multidisciplinar, integrada por pessoal especializado, tendo como fins precípuos não só oferecer uma assistência jurídica, bem como dar apoio psicológico, político e social, objetivando empoderar a mulher vítima de violência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência de gênero não é fato novo, é um fenômeno tão antigo quanto a humanidade, fruto das sociedades patriarcais, calcada na discriminação, desigualdade e desproporcionalidade com que elas se assentam na relação de convívio, identidade e sexualidade entre os sexos, havendo a sobreposição de um poder sobre o outro, do poder dominante sobre o dominado. Sustentada pela ideologia machista que socializa o homem para dominar a mulher, e esta para se submeter aos caprichos e poder deste.

Histórica e culturalmente, a mulher fora tratada como propriedade do homem, consolidando a ideia de posse e de supremacia masculina sobre a mulher, tendo-a como objeto sob o seu poder. É por esse mesmo motivo que subsistem diversos casos de feminicídio quando alguns homens não aceitam o fim do relacionamento; e ainda persistem casos de violência sexual contra a mulher em razão da coisificação da figura feminina. Achar tudo isso normal ou não ter um olhar mais atento sobre essa problemática é, consequentemente, naturalizar algo que jamais deveria ser naturalizado e no mínimo pecar por omissão.

É preciso um trabalho de conscientização, desde muito cedo, de reeducação para que resquícios dessa concepção machista-dominadora ainda arraigada no seio da sociedade, perpetuada tanto por homens como por mulheres seja extirpada. E para tanto se faz necessários projetos e campanhas nas escolas públicas, privadas e nas universidades e nos demais segmentos da sociedade que visem a reestruturação desta, arrancando o mal pela raiz. Não adianta fazer pesquisas procurando saber as causas da violência e citar dentre elas que foi o álcool, as drogas etc, essas não são causas determinantes, são gatilhos que se sobrepõem à causa principal, potencializando a violência. O álcool e a droga disparam a violência que já está arraigada de forma cultural, patriarcal; o problema reside na educação, na concepção histórico-cultural patriarcalista que está tão infiltrada nas relações humanas, que alimenta a violência e a fome de poder sobre o outro. É necessário reeducar nossos jovens para não ter que punir nossos homens.

É imperioso desnaturalizar a violência, desconstruir estereótipos

relacionados às mais variadas formas de violência contra as mulheres e não dar azo ao discurso legitimador da violência praticada contra as mesmas, no qual se procura justificar a violência perpetrada em desfavor da mulher em razão da própria mulher, desqualificando-a. Deixando, assim, de reproduzir discursos machistas e o machismo consequentemente.

É certo que depois de acirrada luta pela emancipação das mulheres, dos subjugos sob os quais historicamente estiveram, houve(ra) muitas mudanças e consequente empoderamento de diversas mulheres, como pudemos verificar em breve passeio por avanços conquistados pelas mulheres, no que concerne ao enfrentamento da violência de gênero no âmbito jurídico, com a criação de diversos Tratados e Leis protetivas e repressivas (item 2.2), entretanto, a violência de gênero persiste ainda de forma assustadora, apesar de estarmos em pleno século XXI, visto subsistir resquícios da concepção machista-dominadora que discrimina, coisifica e subjuga a mulher ao poderio do homem das mais diversas formas. Só haverá uma real libertação, emancipação e empoderamento da mulher quando houver uma reestruturação da sociedade extraindo da consciência ou inconsciência, quando ato involuntário, traços e vestígios dessa estrutura patriarcalista.

No que diz respeito à Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, conclui-se que representa um marco na luta feminista, pois significa o reconhecimento do Estado brasileiro de que é seu dever intervir na instituição familiar para promover os valores constitucionais por ele firmados e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, mudando, assim, a visão deturpada e arcaica de que "em briga de marido e mulher não se mete a colher".

Cuida-se, desta forma, de importante estatuto protetivo, pois reconhece a violência de gênero, ainda que em território doméstico, e interfere no poder patriarcal do qual o homem é dotado no ambiente privado, limitando-o, fazendo valer o previsto no artigo 226, §8º da CF. A nova lei veio como um passo em direção ao cumprimento das determinações da Convenção de Belém do Pará e da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (CEDAW) além de regulamentar a própria Constituição. Mas como alhures abordado ainda faltam alguns pontos importantes para que seja totalmente efetivada. O passo foi dado, imprescindível é seguir adiante

para alcance da verdadeira justiça não só no aspecto formal, mas substancial, promovendo, assim, os direitos das mulheres e enfrentar e erradicar a violência de gênero, tanto no âmbito privado quanto público, como condição necessária para construção de uma humanidade mais justa e igualitária.

___

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMIENTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo comprender la violencia de género, identificándola como un fenómeno histórico, fruto de las relaciones patriarcales que culminan la discriminación, desigualdad y desproporcionalidad que estas firman en la relación de convivio, identidad y sexualidad entre los géneros, subyugando la mujer al poder del hombre machista dominador. Identificar la concepción histórica del patriarcalismo como la principal causa de la violencia de género. Destacar la necesidad de desnaturalizar la violencia de género, deshaciendo estereotipos que dan la oportunidad al discurso legitimador de crímenes de esta naturaleza. La importancia de la reeducación y reestructuración de la sociedad a través del trabajo de concientización. Comprender algunos conceptos, por ejemplo, femicidio, misoginia, cultura de la violación y atribución de culpa a la víctima, distinción y la correlación entre ellos. Hacer un resumen de algunos de los avances logrados por las mujeres en el combate a la violencia de género en el ámbito del derecho, pasando por un breve análisis de la Ley 11340/2006, la cual se considera un marco en la lucha contra la violencia doméstica. El artículo tiene como principales referencias teóricos Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Cecília MacDowell Santos, Wania Pasinato Izumino.

___

PALABRAS CLAVE: Violencia de género. Violencia doméstica. Patriarcado. Enfrentamiento. Derecho.

Notas

1 A CSW – Comissão sobre o Status da Mulher – Disponível em http://www.observatoriodegenero.gov.br/. Acesso em 15 de outubro de 2016.

2 Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/. Acesso em 05 de set. de 2016.

3 Disponível em < http://www.compromissoeatitude.org.br/> Acesso em: 12 de set. de 2016.
4 Disponível em < http://www.dudh.org.br/declaracao//> Acesso em: 12 de set. de 2016.
5 Disponível em: < http://www.dudh.org.br/declaracao/> Acesso em 12 de set. 2016

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica* - Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 2. ed. em e-book baseada na 6ª impressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

IZUMINO, W. P., SANTOS, C. M. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero*: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. *In* E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe *, vol. 16, nº 1, 2005: 147-164.* Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/>. Acesso em: 10 set. 2016

TELES, M.A.A, MELO, M.M. *O que é Violência contra a Mulher***.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA E DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA NO ATUAL PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, CONFRONTANDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Clauber Hilton Valeriano da Silva*

RESUMO: Competência, assunto presente na Constituição Federal, mais precisamente na parte de direitos e garantias fundamentais, também é de grande importância para o direito processual civil. Por se tratar de uma aptidão para desempenhar poder concedida pelo ordenamento jurídico, é necessário para o seu estudo o conhecimento de princípios como o do juiz natural e o da *perpetuatio jurisdictionis*. Ela se classifica como competência originária ou derivada e de foro ou de juízo, bem como possui alguns critérios para a sua distribuição, quais sejam: objetivo, funcional, valor da causa e territorial. Vale ressaltar que a incompetência pode ser relativa, ou seja, quando a parte não toma as devidas cautelas com a competência em razão do território ou em decorrência do valor da causa, não podendo ser arguida de ofício pelo juiz, bem como ela pode ser absoluta, quando há inobservância devido à matéria ou qualidade das partes ou mesmo por não obedecer ao critério funcional, podendo ser combatida de ofício pelo juiz e também por qualquer uma das partes. Já no que diz respeito ao conflito de competência, cumpre mencionar que este incidente representa a discordância entre o entendimento de dois ou mais juízes ou tribunais para saber quem vai julgar uma determinada demanda e tanto o Código de Processo Civil como o Superior Tribunal de Justiça se completam ao tratar do assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito de competência, incompetência e jurisprudência.

* Assessor do Juiz da 2.ª Vara Cível e Criminal de Laranjeiras/SE, graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT e especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe - Esmese/Fanese (Coordenada pelo Prof. Fredie Didier Jr).

1 INTRODUÇÃO

Ao adentrar no estudo de competência é importante trazer à colação que este assunto em nada se confunde com jurisdição, apesar de ambos estarem presentes no art. 5.º, da CF, fazendo parte dos direitos e garantias fundamentais.

Enquanto que competência é a aptidão de desempenhar poder concedida pelo ordenamento jurídico, a jurisdição é o poder do Estado de resolver conflitos, aplicando-se o direito (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, p. 153).

De acordo com os incisos XXXVII, LIII e LIV, todos do art. 5.º, da CF, da mesma forma que todas as pessoas têm direito ao contraditório e à ampla defesa, elas também possuem o direito de julgamento de seus conflitos perante a autoridade competente e observando o devido processo legal.

Diante das várias maneiras de se refletir sobre o assunto competência no âmbito do atual processo civil, o presente artigo tem o objetivo de trazer uma visão sobre a declaração de incompetência, comparando com o que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, para que a sociedade se beneficie e verifique a importância do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao método desenvolvido é imperioso demonstrar que o referido trabalho utiliza as formas elucidativa e explicativa, tendo como principal escopo aprofundar o assunto, bem como esclarecer os incidentes de inconstitucionalidade e analisar as perspectivas do Superior Tribunal de Justiça ante as leis que regem o tema.

Para esta busca serão utilizados livros de Direito Constitucional, Direito Processual Civil, bem como outros artigos publicados que sejam pertinentes à matéria e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Com previsão nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5.º, da CF, o princípio do juiz natural determina, em linhas gerais, que ninguém poderá ser processado ou julgado por autoridade que não seja competente, da mesma forma que é vedada a criação de tribunal de exceção para julgar determinado caso, ou seja, esse princípio vem

demonstrar a impossibilidade de ser alterada a competência originária dos tribunais.

É bom observar que o juiz natural não vai de encontro com as prerrogativas de foro, nem mesmo com a ideia de juízo arbitral, consoante demonstra Pedro Lenza:

> Acrescentamos, ainda, que a prerrogativa de foro não afronta o princípio do juiz natural ou legal (*gesetzlicher Richter*) (exemplos: arts. 100, I e II, do CPC e 52, I, da CF/88). No mesmo sentido, nas hipóteses de competência relativa, por convenção das partes e dentro dos limites legais, não há qualquer vedação em relação aos foros de eleição. Conforme vimos (cf. *item* 14.9.20), também não se caracteriza qualquer violação ao princípio do juiz natural a instituição do foro arbitral (2008, p. 703).

Portanto, o referido princípio serve para garantir a imparcialidade do magistrado e prevenir regras de distribuição e de competência territorial, pressupostos processuais subjetivos de validade do processo.

3 PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

O princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, também conhecido como princípio da perpetuação da competência, significa que após a distribuição da petição inicial (art. 43, do CPC/2015) em determinado juízo, esta deve tramitar nele desde o início até o seu trânsito em julgado, a não ser que haja recurso e a matéria seja devolvida à instância superior, ou mesmo ocorra a extinção do órgão jurisdicional em que tramitava o feito, razão pela qual haverá a redistribuição da demanda (Súmula 206, do STJ).

Outrossim, existe uma ressalva no tocante à competência territorial funcional, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça entende que é do interesse público que haja redistribuição das ações para facilitar o exercício da função jurisdicional, sendo, portanto, mais eficaz o julgamento no local em que ocorreram os fatos, senão veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL

CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL FUNCIONAL. NATUREZA ABSOLUTA. APLICAÇÃO DO ART. 2º. DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. CIRCUNSCRIÇÃO QUE ABRANGE O LOCAL DO AVENTADO DANO. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. REGRA DO ART. 87 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR A REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA DAS VARAS FEDERAIS DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA/BA.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento de propositura de ação civil pública para apuração de improbidade administrativa, aplicando-se, para apuração da competência territorial, a regra prevista no art. 2o. da Lei 7.347/85, que dispõe que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (AgRg no AgRg no REsp. 1.334.872/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14.08.2013).

2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Dest'arte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

3. Tomando-se em conta que o suposto ato ímprobo, objeto da ação subjacente, estaria circunscrito ao Município de Ruy Barbosa/BA, com a instalação da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, cuja circunscrição abrange àquele Município, de rigor à redistribuição dos autos, posto que a alteração de competência de natureza absoluta constitui exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a teor do que dispõe o art. 87 do CPC.

4. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO

> FEDERAL provido para determinar a redistribuição da Ação Civil Pública a uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA. (Processo: REsp 1068539 BA 2008/0138098-7 – Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho – Julgamento: 03/09/2013 – Órgão Julgador: T1 Primeira Turma – Publicação: DJE 03/10/2013).

Explanado, portanto, a importância desse princípio ao se falar em competência.

4 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Competência é a quantidade de poder conferida pela Constituição e pela legislação infraconstitucional a determinado ente. É de se frisar que este trabalho está ligado à competência jurisdicional.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, há três critérios para acepção da competência:

> Define-se a competência a partir de três critérios: o objetivo, o funcional e o territorial. O primeiro critério desdobra-se em objetivo 1) *em razão do valor,* 2) *em razão da matéria* e 3) *em razão da pessoa*; o segundo, em: 1) *funcional horizontal* e 2) *funcional vertical* (também conhecido como critério hierárquico ou por graus) (2008, p. 153).

Ela pode ser classificada como originária e derivada. Originária está relacionada ao juízo de piso, de primeira instância, com exceção daquelas ações que são julgadas originariamente perante os Tribunais. Já a competência derivada representa aquela que revê a decisão já proferida, julga os recursos em segunda instância.

A competência ainda pode ser classificada como de foro e de juízo. A primeira, também chamada de competência territorial, representa a localidade onde é cumprido o poder jurisdicional, já a segunda, diz respeito às varas, ao cartório, à unidade administrativa (Dourado, internet, acesso em 18 de agosto de 2015).

5 CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

São quatro os critérios para determinação de competência, quais sejam: objetivo, funcional, valor da causa e territorial.

O critério objetivo reverencia a matéria tratada na ação, ou seja, é o assunto que foi levado ao Poder Judiciário e é composto pelos elementos partes, pedido e causa de pedir. Estes, por sua vez, possuem, respectivamente, subcritérios, que são: em razão da pessoa (partes), em razão do valor da causa (pedido), e em razão da matéria (causa de pedir) (DIDIER, Fredie, p. 215). Não há exemplos no CPC/2015 acerca deste critério, apenas as Organizações Judiciárias dos Tribunais que se valem dele para indicar a competência do juízo.

Já o critério funcional, além de nortear-se pelo foro, está relacionado à competência originária e se estabelece conforme a função do juízo, já que compreende a competência hierárquica e identifica a competência dos Tribunais. Importante mencionar as dimensões desse critério orientadas por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> A competência funcional pode ser vertical (hierárquica ou por graus), atribuída levando em conta a coordenação hierárquica entre os órgãos jurisdicionais, regida pela Constituição e pelas normas de organização judiciária, ou horizontal, distribuída entre juízes do mesmo grau de jurisdição, disciplinada no Código de Processo Civil. As competências recursais são competências funcionais verticais (2008, p. 158).

A competência pelo valor da causa é estabelecida pela quantificação que a parte autora coloca em sua petição inicial. Assim é a jurisprudência:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. COMPETÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. VALOR DA CAUSA. QUANTIFICAÇÃO. MONTANTE A SER RESTITUÍDO. INCLUSÃO.
> Nas ações que versam sobre desaposentação, o valor da causa deve corresponder à soma das

> parcelas vencidas e 12 (doze) parcelas vincendas do benefício cujo deferimento se requer, acrescida do montante cuja devolução venha a ser exigida para a desaposentação pretendida. (TRF4 – Processo: CC 50160123020154040000 5016012-30.2015.404.0000 – Relator: ROGÉRIO FAVRETO – Julgamento: 09/07/2015 – Órgão Julgador: Terceira Seção – Publicação: DJE: 14/07/2015)
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPETÊNCIA PELO VALOR DA CAUSA OU PELA MATÉRIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. SUPERVENIENTE CRIAÇÃO DE JUIZADO ESPECIAL EM RAZÃO DA MATÉRIA. DESISTÊNCIA DO CONFLITO.
> Deve ser acolhido o pedido de desistência do suscitado conflito de competência. Embora a perpetuação da jurisdição se dê quando da propositura da demanda, momento em que inexistia o Juizado Especial Adjunto à 6ª Vara da Fazenda Pública, entendo que, porque a RESOLUÇÃO Nº 1082/2015-COMAG se utiliza do critério material para, dentro das ações com valor inferior a 60 salários mínimos, definir a atribuição para julgamento, incide na espécie a ressalva disposta na parte final do artigo 87 do Código de Processo Civil. DESISTÊNCIA DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA HOMOLOGADA. (Conflito de Competência Nº 70065101958, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 31/07/2015).

A competência territorial representa também o critério de foro, prevista do art. 46 ao 53, do CPC/2015, relacionada ao domicílio da parte, onde se encontra a coisa ou no lugar em que ocorreu o fato. Em regra é relativa, não podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado, conforme Súmula 33, do STJ.

Cumpre destacar que a alegação de incompetência tem que ser feita como questão preliminar de contestação (art. 64, do CPC/2015), mas, caso a parte não faça, prorrogar-se-á o juízo (art. 65, *caput*, do CPC/2015).

6 INCOMPETÊNCIA RELATIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

A incompetência relativa, ou dispositiva, sobrevém quando a parte não observa a competência em razão do valor da causa ou em decorrência do território, exceto quando envolver a situação do imóvel, nos termos do art. 47, do CPC/2015.

Ela não pode ser arguida de ofício pelo juiz, em atenção a Súmula 33, do STJ, e o art. 337, §5.º, do CPC/2015, devendo ser intentada nos mesmos autos da ação principal, como questão preliminar de defesa (art. 64, caput, do CPC/2015).

Porém, importa salientar que o juízo relativamente incompetente passará a ter competência, nos termos do art. 65, *caput*, do CPC/2015, caso a inaptidão não seja arguida em momento oportuno ocorrendo, portanto, a devida prorrogação.

Cumpre frisar que as normas de incompetência relativa, consoante art. 63, do CPC/2015, podem ser modificadas pelos interessados, ou em virtude da conexão ou da continência, conforme estabelece o art. 54, do CPC/2015.

Por outro lado, a incompetência absoluta ou cogente, representa a inobservância da competência devido à matéria ou qualidade das partes ou mesmo por não obedecer ao critério funcional.

Não obstante a incompetência absoluta poder ser combatida de ofício pelo magistrado, ela também pode ser arguida por qualquer uma das partes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, consoante preceitua o § 1.º, do art. 64, do CPC/2015.

Pertinente aos atos decisórios, o CPC/1973 os considerava nulos quando acolhida a incompetência absoluta, com o encaminhamento dos autos ao juízo competente, mas o CPC/2015, ao ser acolhida a incompetência absoluta, não gerará nulidade do ato decisório. Os autos serão remetidos ao juízo competente, cabendo a este decidir o que fazer com o processo no estado em que se encontra, preservando, portanto, a continuidade do processo.

Quando a discussão gira em torno de normas estaduais de organização judiciária, de acordo com Marcus Vinícius Rios Gonçalves, não há consenso de opiniões entre os doutrinadores, razão pela qual ele chega a seguinte opinião:

> A incompetência de juízo, que implica ofensa às normas estaduais de organização judiciária, implica incompetência absoluta, seja qual for o critério por elas adotado. Não é unânime, porém, esse entendimento, quando a norma de competência de juízo estiver fundada no valor da causa ou no território. Parece-nos, porém, que, mesmo nesses casos, a incompetência deverá ser absoluta. (2016, p. 121)

Com isso, comungando com o pensamento acima, é possível concluir que, mesmo tratando-se de critério envolvendo matéria, pessoa, bem como valor da causa e território, quando se tratar de competência, esta vai ser absoluta, e não relativa.

7 CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competência tem sua previsão no art. 66, do CPC/2015, bem como do art. 951 ao art. 959, também do CPC/2015. Nada mais é que a discordância entre o entendimento de dois ou mais juízes ou tribunais para saber quem vai julgar uma determinada ação, podendo ele ser classificado como positivo, isto é, quando os órgãos se declaram competentes, conforme entendimento do inciso I, do art. 66, do CPC/2015, ou negativo, quando esses órgãos consideram-se incompetentes para o julgamento de certa demanda, segundo determina o art.66, inciso II, do CPC/2015.

É interessante informar que na exceção de incompetência há apenas um órgão arguindo a inaptidão para o julgamento, o que difere do conflito de incompetência, que tem dois ou mais entes.

Cumpre destacar que se há uma sentença transitada em julgado por um dos órgãos que estão em discussão, não há que se falar em conflito de competência, assim é o que reza a Súmula 59, do STJ.

Entretanto, a Súmula 235, também do STJ, entra em contrassenso

com o enunciado anterior ao estabelecer que a conexão não suscita a reunião dos processos, caso tenha ocorrido o mero julgamento de um deles sem o trânsito em julgado.

Para resolver essa contradição, o próprio Superior Tribunal de Justiça reuniu o que diz as duas Súmulas e fixou o entendimento de que havendo conflito positivo de competência em razão de conexão, ele não poderá ser conhecido se já houver mero julgamento de uma das ações, porém, caso haja um conflito por outro motivo, que não seja de conexão, não há restrição a seu conhecimento mesmo depois da sentença e com a ressalva de que não tenha havido o trânsito em julgado da ação, senão veja-se:

> PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA CÍVEL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE VALIDADE E DE INVALIDADE DE ASSEMBLEIA SOCIETÁRIA. SENTENÇAS OPOSTAS CONVIVENDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. PARTICIPAÇÃO DA CEF NO PROCESSO QUE TRAMITA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. INDEFERIMENTO DE SUA INTIMAÇÃO NO PROCESSO CÍVEL. CONFLITO RECONHECIDO. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
>
> 1. Nas ações têm por objeto a nulidade de uma assembleia societária, há viva discussão doutrinária acerca da extensão subjetiva da coisa julgada formada pela sentença. Há quem defenda que nessas ações a coisa julgada estende-se a todos os sócios que teriam interesse, tanto na manutenção como na invalidação do ato, ainda que não tenham participado do processo; e há quem defenda que não há extensão da coisa julgada, resolvendo-se toda a celeuma mediante a aplicação da teoria, criada por LIEBMAN, que separa efeitos da sentença e imutabilidade da coisa julgada. Prevalece, neste segundo grupo, a ideia de que a coexistência de várias sentenças acerca do mesmo tema é possível, mas somente aquela proferida em último lugar deveria ser considerada válida.
>
> 2. A existência de viva discussão acerca do tema e

> a dificuldade de encaminhamento de uma solução justificam que se evite, na máxima medida possível, que tal situação se materialize.
> 3. Se o conflito positivo de competência se estabelecer por força de uma regra de conexão, ele não poderá ser conhecido se uma das sentenças foi proferida, ainda que sem trânsito em julgado, por força da Súmula 235/STJ. Mas se o conflito decorre de outra regra de competência absoluta, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado (Súmula 59/STJ).
> 4. É inegável que a ação que tramite perante a Justiça Federal é mais abrangente que as ações que tramitam perante a Justiça Estadual, se não por força do objeto, ao menos no que diz respeito às partes litigantes. Se a CEF manifestou seu interesse em participar da ação que objetivava a declaração de invalidade da deliberação societária, tem-se como um imperativo lógico que essa empresa pública tenha interesse também nas ações que objetivam a declaração de validade desse mesmo ato. Tanto num processo como em outro, os fundamentos de seu interesse são os mesmos.
> 5. Conflito conhecido e provido para o fim de estabelecimento da competência da Justiça Federal (e, consequentemente, do respectivo TRF) para todas as causas, devendo o juízo competente: (i) determinar a intimação da CEF para que manifeste interesse nos Processos 2008.0034.9187-7 e 469861-17.2010.8.06.0001/0, ambos que originalmente tramitaram perante a 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza; e, (ii) para que decida sobre o eventual aproveitamento dos atos praticados
> (CC 117.987/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012).

Interessa ressaltar que os legitimados para promover o conflito de competência são aqueles previstos no art. 951, do CPC/2015, isto é, tanto o Ministério Público como o juiz, até mesmo qualquer uma das partes,

podem provocar esse conflito. Segundo o Superior Tribunal de Justiça qualquer um que esteja sujeito à eficácia da sentença tem legitimidade:

> AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE PARA SUSCITAR CONFLITO. ALEGADA NECESSIDADE DE PRÉVIO OFERECIMENTO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA.
> – "Pode suscitar conflito de competência quem quer que esteja sujeito à eficácia da sentença, que qualquer dos juízes, no conflito positivo de competência, possa proferir". (CC nº 32.461/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi).
> – À parte, que opôs exceção de incompetência, não é dado suscitar conflito de competência no mesmo processo.
> Agravo regimental improvido
> (AgRg no CC 44.099/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 408).

Todavia, o art. 952, do CPC/2015 menciona aquele que não possui legitimidade para levantar o incidente, ou seja, é aquele que no processo, arguiu incompetência relativa.

Mesmo assim, é possível que a parte contrária, ou seja, aquela que não arguiu incompetência possa provocar o conflito, ou mesmo, conforme o parágrafo único, do art. 952, do CPC/2015, depois que este é suscitado por uma das partes nada impede que a parte adversa excite a incompetência.

O conflito de competência é instaurado nos moldes do art. 953, do CPC/2015, o qual possibilita que seja realizado de ofício pelo magistrado e por meio de petição nos autos tanto pelo Ministério Público quanto pela parte. Mas, independente de quem suscite o conflito entre aqueles mencionados anteriormente, é necessário que ele seja endereçado corretamente para o presidente do tribunal que tenha competência para julgá-lo, observados os arts. 102, I, "o", 105, I, "d", 108, I, "e", todos da CF, os arts. 958 e 959, do CPC/2015, e a Súmula 3, do STJ, sendo indispensável ainda a apresentação de documentos que comprovem suas alegações, por se tratar de condição de procedibilidade. Assim é a jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. É IMPOSSÍVEL CONHECER DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM QUE O SUSCITANTE DEIXA DE INSTRUÍ-LO COM AS PEÇAS MÍNIMAS INDISPENSÁVEIS À PROVA DO DISSENSO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE - CPC, ARTIGOS 115 E 118. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO. 1. Para a caracterização do conflito de competência, faz-se necessário que dois ou mais juízos declarem-se competentes ou incompetentes para o processamento e julgamento da demanda, ou divirjam a respeito da reunião ou da separação de processos. 2. Hipótese em que não consta dos autos manifestação dos juízos suscitados hábil a consubstanciar a efetiva instauração do presente conflito. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - AgRg no CC: 106979 SP 2009/0151322-0, Relator: Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/02/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/02/2011).

Ainda analisando a ementa acima, é possível perceber que é necessária a manifestação do juiz suscitado (ou dos juízes em conflito), assim como determina o art. 954, do CPC/2015, para que haja a instauração eficaz do conflito.

O art. 955, do CPC/2015 estabelece que se o conflito for positivo haverá o sobrestamento da demanda, diferentemente do que ocorre com o conflito negativo, visto que neste o processo já estará sobrestado, e em ambos será designado um juiz para que decida eventuais assuntos urgentes.

Contudo, caso exista súmula do STF, STJ ou do próprio Tribunal ou, ainda, se a matéria já tiver sido resolvida, em sede recurso repetitivo, ou em incidente de assunção de competência, o relator pode decidir de imediato o conflito através de uma decisão monocrática passível de agravo, consoante determina o parágrafo único do art. 955, do CPC/2015:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPATIBILIZAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL E ALIENAÇÃO DE ATIVOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Constatada a existência de jurisprudência dominante do Tribunal, nada obsta - e até se recomenda - que o relator decida, de plano, o conflito de competência. Aplicação do art. 120, parágrafo único, do CPC. 2. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, as execuções fiscais não se suspendem com o deferimento da recuperação judicial, ficando, todavia, definida a competência do Juízo universal para analisar e deliberar os atos constritivos ou de alienação, ainda quando em sede de execução fiscal, desde que deferido o pedido de recuperação judicial. 3. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no CC: 120642 RS 2012/0003349-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 22/10/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2014).

É de se observar também que embora o Ministério Público não seja o suscitante, ele deverá ser ouvido no incidente, no prazo de cinco dias, de acordo com o art. 956, do CPC/2015, e só depois disso é que o relator colocará o conflito em sessão de julgamento, sendo que neste o tribunal deverá pronunciar o juízo competente e os atos daquele que foi considerado incompetente, com a consequente remessa dos autos do processo àquele que foi considerado adequado, tudo conforme determina o caput e o parágrafo único do art. 957, do CPC/2015.

Assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRETENSÃO QUE VISA ACRESCER VALOR REFERENTE A BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO A BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ART. 6º, § 2º, DA LEI N. 6.367/76. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA JUSTIÇA FEDERAL. ANULAÇÃO DE ATO DECISÓRIO PROFERIDO PELO JUÍZO DA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 122 DO CPC. 1. Conflito negativo de competência entre Tribunal de Justiça Estadual e Tribunal Regional Federal a fim de que seja definida qual a Justiça competente para processar e julgar ação de revisão de pensão por morte decorrente de aposentadoria por tempo de serviço. A pretensão exposta na demanda é sintetizada na possibilidade de se incluir, no cálculo da pensão, metade do valor referente ao auxílio-acidente, de natureza laboral, que vinha sendo pago ao instituidor do benefício (*de cujus*) de forma cumulada com a aposentadoria, nos termos do que dispõe o artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.367/76. 2. Não há controvérsia a respeito do acidente laboral do qual gerado o benefício acidentário, e tampouco se trata de revisão deste benefício ou de pensão por morte decorrente de acidente do trabalho, mas se o valor do auxílio-acidente laboral poderá, ou não, fazer parte do cálculo do benefício pensão por morte de natureza previdenciária. 3. A pensão por morte, na hipótese, substitui aposentadoria por tempo de serviço recebida pelo *de cujus*. Ora, se a pensão deriva de benefício previdenciário em sentido estrito, a sua concessão e eventual revisão deve seguir a mesma natureza deste, razão pela qual compete à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide que busca acrescer valor decorrente do auxílio-acidente à base de cálculo da pensão por morte previdenciária. Assim, não é aplicável à hipótese o enunciado da Súmula n. 15/STJ. 4. Faz-se necessário anular a sentença

> proferida pelo Juízo da Vara de Acidentes do Trabalho de Santos (fls. 123-125) e restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Santos (fls. 59-64), até nova apreciação dessa pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o que se apresenta perfeitamente possível em sede de conflito de competência dirigido a esta Corte Superior por força do artigo 122 do CPC. Nesse sentido, confiram-se: CC 107252/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10/05/2010; e CC 40.154/SC, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF da 1ª Região), Terceira Seção, DJ 01/10/2007. 5. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal (STJ - CC: 120799 SP 2012/0011006-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 26/06/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/08/2013).

Ademais, em caso de conflito interno de competência, ou mesmo havendo conflito de atribuições entre autoridades judiciária e administrativa, o regimento interno de cada tribunal disporá sobre a forma de resolver o incidente (arts. 958 e 959, ambos do CPC/2015)

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho serviu para demonstrar o atual cenário do assunto competência no âmbito do processo civil, principalmente comparando com o que vem decidindo a jurisprudência dominante, demonstrando, ainda, que não houve muitas alterações entre o CPC/1973 e o CPC/2015, continuando, portanto, o entendimento que já vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Foi possível observar o cuidado que a parte e o magistrado devem ter com, respectivamente, o ingresso e o julgamento de uma demanda, demonstrando, consequentemente, os critérios objetivo, funcional, valor da causa e territorial, para se determinar a competência.

Como vista, a inobservância a esses critérios podem gerar tanto a incompetência relativa (equívoco quando da competência em razão do território ou em decorrência do valor da causa), como a incompetência

absoluta (falha da competência devido à matéria ou qualidade das partes ou mesmo por não obedecer ao critério funcional). Mesmo assim, enquanto que na absoluta não é possível a prorrogação de competência, na relativa isso é possível de forma legal ou voluntária.

Observe-se ainda que não é possível o reconhecimento de ofício da incompetência absoluta em sede de recurso, tendo que passar primeiro pelo tribunal de origem, ou seja, não é possível a supressão de instância, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Outro ponto interessante localiza-se no conflito de competência, um incidente baseado na discordância entre o entendimento de dois ou mais juízes ou tribunais para saber quem vai ser o responsável pelo julgamento de uma determinada demanda.

Sobre esse conflito cumpre trazer à colação o que determinam as Súmulas 59 e 235, ambas do Superior Tribunal de Justiça. Depois de considerar a própria jurisprudência desta Corte, é possível perceber que elas não se contrapõem, mas pode-se dizer que elas se completam, porquanto foi fixado o entendimento de que havendo conflito positivo de competência em razão de conexão, ele não poderá ser conhecido se já consta sentença em uma das ações, entretanto, caso haja um conflito por outro motivo, não há ressalva a seu conhecimento, ainda que depois do julgamento e com a advertência de que não exista o trânsito em julgado da ação.

Doravante, é de se perceber que não há que se confundir exceção de competência com conflito de competência, uma vez que naquela há apenas um órgão arguindo a inaptidão para a apreciação da lide, o que difere do outro incidente, que tem dois ou mais entes envolvidos.

Por fim, o Código de Processo Civil é bem claro ao trazer as regras para se declarar a incompetência e o Superior Tribunal de Justiça caminha junto com ele em suas decisões, principalmente explanando o caso concreto.

___

CONSIDERATIONS ABOUT COMPETENCE AND INCOMPETENCE DECLARATION IN THE CURRENT BRAZILIAN NEW CIVIL PROCESS OF LAW LANDSCAPE, CONFRONTING WITH SUPERIOR COURT OF LAW JURISPRUDENCE

ABSTRACT: Competence, this subject is present in the Constitution,

accurately into the fundamental rights and guarantees, is also of great importance to the civil procedural law. Because it is an ability to play power granted by the law, it is necessary to study their knowledge of how the principles of natural justice and the *perpetuatio jurisdictionis*. It is classified as derivative and original jurisdiction or forum or court, and has some form to distribution: objective, functional, the cause value and territorial. It should be emphasized also that incompetence can be relative, that is, if the party doesn't take appropriate precautions with competence by reason of territory or due to the amount of the claim may not be raised ex officio by the judge, and may be absolute, when there is failure due to material or quality of parts or even for not obeying the functional criterion and can be countered by the judge's office and also by either interested people. In what concerns the conflict of jurisdiction, it should be noted that this incident is the discrepancy between the understanding of two or more judges or courts to know who is going to judge a certain demand and both the Civil Procedure Code as the Superior Court of Justice complete the deals with it.

KEYWORDS: Competence conflict. Incompetence and jurisprudence.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Victor Nunes. *O princípio do juiz natural e a competência por prerrogativa de função*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8665/o-principio-do-juiz-natural-e-a-competencia-por-prerrogativa-de-funcao> Acesso em: 13 de agosto de 2015.
DAL COL, Helder Martinez. *Modificações da competência*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3503/modificacoes-da-competencia/1> Acesso em: 17 de agosto de 2015.
DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.
DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. Revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016
DOURADO, Sabrina. *Resumão de competência*. Disponível em: <http://sabrinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935862/

resumao-de-competencia> Acesso em: 18 de agosto de 2015.
FREITAS Rodolpho Randow de. *Incompetência relativa*: exceções à regra da impossibilidade de conhecimento de ofício. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12908-12909-1-PB.pdf> Acesso em: 17 de agosto de 2015.
GONÇALVES, Marcus Vinícius Dias. *Novo curso de direito processual civil 1*: Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado (Coord.), Pedro Lenza*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil*: Comentado artigo por artigo. 4. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL

Edvânio Dantas dos Santos*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o direito à amamentação da presa não vem sendo resguardado de forma satisfatória em sua amplitude, apesar da crescente edição legislativa protetiva. Pela observação da legislação e jurisprudência brasileiras, bibliografia e dados multidisciplinares, pode-se buscar meios alternativos que supram o descaso do Estado, o qual garante à custodiada somente o período de 06 (seis) meses para a amamentação. A alternativa apresentada é o prolongamento da permanência com a criança até, ao menos, dois anos de idade, tempo razoável para a continuidade da amamentação e garantia de diversos benefícios à criança e à recolhida. A despeito dessa situação, constata-se que a estrutura física dos presídios femininos não corresponde à realidade que se almeja o legislador constitucional e infraconstitucional. Dentro desse contexto, defende-se que os cárceres devem possuir creches, conforme preceitua a Lei de Execução Penal. No entanto, com base em pesquisa de campo, constata-se que os presídios femininos, em especial, o situado em Sergipe possui estrutura mínima para assegurar o direito à amamentação apenas nos primeiros seis meses de vida do bebê.

PALAVRAS-CHAVE: Amamentação. Presa. Legislação. Presídio feminino.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, com a edição da Lei nº 13.257/2016, o Código de Processo Penal foi alterado, sendo incluídas três novas hipóteses que autorizam a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar. São elas: gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados

*Bacharel em Direito. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Sergipana (Fase). E-mail: edvaniodantas@yahoo.com.br. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

do filho da mesma faixa etária mencionada.

Estabelecem-se ainda profundas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente na parte específica dos direitos fundamentais, em particular, no capítulo que dispõe sobre o direito à vida e à saúde das crianças e adolescentes.

As reformas atentam-se especificamente para o atendimento pelo Poder Público às condições oferecidas à mulher que, dentre outras, estabelecem políticas de atendimento e orientações de nutrição e desenvolvimento saudável a sua gestação, bem como o crescimento e desenvolvimento infantil de seu filho na primeira idade. Incluiu, inclusive, a mãe que se encontra custodiada em unidade de privação de liberdade.

Observa-se nesse ponto uma enorme evolução legislativa protetiva do direito à amamentação das detentas, sendo a mencionada novel alteração a mais recente dentre as normas de proteção. Entretanto, mesmo com a existência de um arsenal legislativo garantindo esse direito à amamentação da presa, não é raro encontrar situações em que esse direito é tolhido pelo sistema prisional feminino, seja parcialmente, seja integralmente.

Percebe-se que a falta de estrutura dos presídios não corresponde aos anseios legislativos. Vale dizer que boa parte possui – ou improvisa – um berçário garantindo a amamentação até os 06 (seis) meses de vida.

Quando não existe esse mínimo suporte que atenda aos imperativos da Lei de Execução Penal e do ECA, os Tribunais têm concedido às custodiadas o direito de cumprir a pena em prisão domiciliar.

Ocorre que, havendo essa assistência até os seis primeiros meses de vida do bebê, ultrapassado esse período, o sistema prisional feminino interrompe a amamentação, devolvendo a criança à família da detenta, com a qual terá contato apenas mensalmente.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que o Estado deve garantir às presas esse direito de forma integral e não pela metade. Isso porque a alimentação da criança nos primeiros seis meses de vida será integralmente o leite materno, seguidos de alimentação comum, mas complementada com a amamentação, preferencialmente, até os 02 (dois) anos de idade.

A escolha do tema decorre da preocupação com as devastadoras consequências causadas à dignidade das custodiadas, que além de

sofrerem todos os efeitos deletérios da prisão, vêm-se angustiadas com a separação de seus bebês, impossibilitando-as de garantir-lhes um mínimo de nutrição através da amamentação, em descompasso com os anseios legislativos cada vez mais fervorosos nesse sentido.

Por oportuno, verifica-se que há uma preocupação no que tange aos procedimentos metodológicos que respaldam o trabalho, dado o caráter científico, servindo de um alerta para todos sobre o tema em comento, que vem sendo debatido, mas de forma insatisfatória.

O estudo se baseia na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em razão da existência de contribuições científicas que estudam essa evolução legislativa protetiva. Mas, em especial, na pesquisa de campo, advinda da visita realizada ao único Presídio Feminino do Estado de Sergipe.

No que tange ao método de abordagem do estudo é o dedutivo, em razão desse método se encaixar perfeitamente ao estilo de pesquisa que está sendo apresentado, uma vez que se parte de enorme gama de legislação protetiva ao direito à amamentação, para chegar a resultados práticos se de fato esse direito tem sido assegurado de forma satisfatória.

Fundamenta-se no método comparativo de procedimento, pois se preocupa em comparar o espírito protetivo legal com aquele que efetivamente vem sendo implantado nos presídios femininos.

O trabalho é estruturado em cinco capítulos.

No primeiro capítulo faz-se uma análise histórica do direito à amamentação, culminando com a alteração do Código de Processo Penal, em decorrência da Lei nº 13.257/2016.

Já no segundo, descritos os benefícios advindos com a amamentação, desde o importante valor nutricional aos bebês, até a relação de afeto construída entre mãe e filho por toda a vida.

No terceiro capítulo, aborda-se o quadro atual das detentas quanto ao seu direito à amamentação ser infringido parcial ou totalmente.

No quarto, expõe-se o cenário das penitenciárias femininas, com a descrição de toda a estrutura estatal nacional e internacional destinada a garantir os direitos fundamentais da presa. Nele, ainda são apresentados dados nacionais e estadual (Sergipe) sobre o aumento da população carcerária feminina, o que aumenta ainda mais a dificuldade em garantir os direitos fundamentais às custodiadas. Por fim, no mesmo capítulo, é explanada a realidade da única penitenciária feminina do

Estado de Sergipe e seu esforço em assegurar o direito à amamentação de suas duas únicas detentas que ali se encontram recolhidas, porém de forma insatisfatória.

No último, explicita-se uma conclusão mediante uma reflexão sobre tudo que foi colhido na pesquisa, obtendo como resultado a necessidade de buscar meios que garantam o cumprimento integral e de forma satisfatória o direito de amamentação à presa, dentre os quais, possibilitar a substituição da prisão por segregação domiciliar, seja nos 06 (seis) primeiros meses de vida do bebê (que já vem ocorrendo), seja após esse período, até completados 02 (dois) anos de idade.

2 BREVE HISTÓRICO

Em 1943, foi aprovada a Lei 5.452 que passou a garantir às mulheres trabalhadoras o direito de amamentar o próprio filho até que este completasse seis meses de idade, com intervalos de dois descansos especiais de meia hora cada um. Inclusive nos casos em que os cuidados com a saúde da criança assim exigir, a lei prevê que este período de seis meses poderá ser dilatado, mesmo que a critério da autoridade competente.

Esse dispositivo legal incorporou os avanços sociais conquistados na década de 1940, período em que a amamentação passou a ser vista como um direito reconhecido à mulher.

Entretanto, este direito foi assegurado somente à mãe cuja relação de trabalho com o empregador fosse regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ou seja, no início, apenas uma parcela da população feminina poderia ser beneficiada por essas mudanças no cenário socioeconômico e político do país, ficando fora do alcance dessa lei inúmeras mulheres que estavam fora do mercado formal de trabalho, assim como aquelas que se encontravam privadas de liberdade, vivendo em instituições carcerárias, entre outros exemplos, como explicam Quadros e Santa Rita (2008).

Muito tempo depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre os direitos humanos assegurados expressamente pela Carta Magna, estão o direito social à proteção da maternidade e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação.

> Art. 5º, (…) inciso L- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (CF/88).

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, e também acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação inclusive no caso de mães privadas da liberdade.

Ainda no contexto protetivo, a Lei n. 11.942/2009 deu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 83 e ao artigo 89 da Lei de Execução Penal, para o fim de assegurar, expressamente, às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses, prevendo ainda que as penitenciárias de mulheres deverão obrigatoriamente dispor de espaços adequados ao acolhimento de gestantes e parturientes lactantes:

> Art. 83. (…) §2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.
>
> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Alguns meses depois, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP emitiu a Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009, estabelecendo importantes diretrizes acerca das alterações que ocorreram na LEP, reforçando a importância do aleitamento materno, instruindo sobre a separação da criança da mãe, bem como dispondo de outras orientações.

Válido ressaltar o art. 1º, inciso II, da referida resolução:

> Art. 1º A estada, permanência e posterior encaminhamento das (os) filhas (os) das mulheres encarceradas devem respeitar as seguintes orientações:
> (...)
> II – Amamentação, entendida como ato de impacto físico e psicológico, deve ser tratada de forma privilegiada, eis que dela depende a saúde do corpo e da psique da criança.

Ainda, em 22 de julho de 2010, o Brasil participou da 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), que traçou normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, chamadas "Regras de Bangkok".

Trata-se de um importante documento na medida em que considera a necessidade de atenção diferenciada às especificidades femininas dentro do sistema prisional.

As regras evidenciam a relação das mães presidiárias com seus filhos, e ressaltam a condição de vulnerabilidade em que ambos se encontram. Inclusive atentando para o melhor interesse da criança e a manutenção dos laços familiares, prevê a possibilidade de suspensão, por um período razoável, da detenção de mães que são responsáveis pela guarda de seus filhos, (Regra 2.1 e 2.2 de Bangkok).

Claramente, pode-se observar a priorização ao direito à amamentação, em consonância com a doutrina da proteção integral da criança, que neste caso, especificamente, submete a criança a um estabelecimento prisional, não como se presa fosse, mas adequando as penitenciárias para o recebimento dessas crianças, priorizando o desenvolvimento pleno e saudável destas.

Nesse sentido, as mudanças legislativas nacionais e os acréscimos internacionais serviram como a garantia não só dos direitos das presas, mas principalmente dos direitos das crianças, filhos dessas mulheres.

Dentro deste novo contexto carcerário, recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por intermédio da Lei nº 13.257/2016, sofreu alteração em diversos dos dispositivos no título Dos Direitos Fundamentais, dentre os quais um especial merece a transcrição:

> Art. 8º (...) § 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na

> primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Ainda nessa linha, sabe-se que as ações precisam ser voltadas para os cuidados com a mãe e com o recém-nascido, sendo oferecidas consultas pediátricas, vacinações, além de estrutura como cozinha, banheiras, dentre outros, o que gera maior segurança e tranquilidade para as mães com seus bebês.

Esse espaço intramuros, pensado para o abrigo de bebês e, de mães apenadas, proporciona neste contexto melhores condições, mesmo que não sejam as ideais, para o desenvolvimento de infante, mas, condições dignas, no que diz respeito à atenção da criança nessa fase da vida.

Tendo em vista que as mulheres encarceradas quando vistas como reeducandas precisam de apoio e orientação para aproveitar os benefícios dessa experiência de cuidado e conseguir amamentar seu filho, recomenda-se que as grávidas e parturientes sejam assistidas por equipe multiprofissional de saúde, que tragam as informações necessárias sobre os benefícios do leite materno, e a higienização adequada que a mãe deve ter com o seu bebê.

3 IMPORTÂNCIA DO LEITE MATERNO

Estudos mostram que a amamentação cumpre um papel fundamental na promoção da saúde integral da díade mãe/bebê (SPITZ, 1993). É a mais sábia estratégia natural de vínculo, afeto, proteção e nutrição para a criança e constitui a mais sensível, econômica e eficaz intervenção para a redução da morbimortalidade infantil. O leite materno contém todas as propriedades necessárias para o crescimento e desenvolvimento saudável da criança.

É composto por cerca de 160 substâncias representadas por proteínas, gorduras, carboidratos e células, sendo o alimento essencial para o desenvolvimento do bebê, além de possibilitar o aumento do número de anticorpos e ganho de peso (OLIVEIRA, 2011).

Além disso, o leite materno previne otites, meningites, vômitos, diarreia, pneumonia, obesidade, diabete, doenças cardiovasculares, desordens do sistema imune (alergias, doenças inflamatórias intestinais), doença celíaca, e alguns tipos de cânceres, além de melhorar a formação da boca e o alinhamento dos dentes, o mesmo aumenta a capacidade cognitiva da criança, o que favorece a inteligência e o desenvolvimento social.

As vantagens para o bebê são muitas e incluem de modo evidente a redução da aquisição de doenças agudas e crônicas, além da influência que exerce sob os pontos de vista psicológicos e de imunidade. Stela (2006), entre outros especialistas no tema ressaltam que a ausência da amamentação ou sua realização por um período insuficiente podem aumentar o risco de doenças para as quais o leite materno tem efeito protetor.

Por sua vez, o aleitamento materno também traz benefícios para a mãe, uma vez que diminui a possibilidade de hemorragias pós-parto, ajudando na recuperação mais rápida do peso que tinha antes da gravidez e no surgimento mais tardio da ovulação, o que dificulta as chances de uma nova gestação, além de diminuir risco de adquirir câncer de mama, ovário e endométrio (PEREIRA, 2008).

A importância do leite materno como fonte de alimento e proteção contra doenças e do ato de amamentar como um poderoso contexto de desenvolvimento afetivo faz com que a amamentação natural exclusiva nos primeiros seis meses de vida da criança seja cada vez mais reconhecida.

Contudo, é importante notar que muitas mulheres não conseguem amamentar seus filhos por tanto tempo, nem de modo exclusivo. Mais uma vez a exceção fica a cargo das mães que vivem no sistema carcerário que, por sua condição especial, ficam por vezes impedidas de alimentar seus bebês por um período de tempo depois do parto, o que dificulta a extensão dos benefícios que tal prática para ambos.

De mais a mais, mesmo depois dos seis meses, quando o bebê já passa a comer e a ingerir líquidos, o leite materno continua trazendo benefícios. Além dos nutrientes, há a questão do vínculo entre mãe e filho e das imunoglobulinas, que ajudam a fortalecer a imunidade.

Esse fator protetor, aliás, faz com que muitas famílias prossigam com o aleitamento materno até a fase em que a criança entra no berçário ou

na creche pela primeira vez. "Dentro dos dois primeiros anos, faz uma grande diferença", afirma o pediatra e neonatologista Nelson Douglas Ejzenbaum.

As evidências científicas demonstram que há benefícios da amamentação não só do ponto de vista nutricional, mas também imunológico, metabólico, ortodôntico, fonoaudiológico, afetivo, econômico e social. Tudo isso é evidenciado de forma intensa quando a amamentação ocorre de forma exclusiva até os 6 meses de idade e complementada até pelo menos os 2 anos ou mais (LIMA, 2016).

Pesquisas mostram que o leite materno, após o primeiro ano de vida, não é apenas uma "aguinha" sem benefícios. Dados da UNICEF mostram que, no segundo ano de vida, 500 ml de leite materno fornece 95% das necessidades de vitamina C, 45% das de vitamina A, 38% das de proteína e 31% do total de energia de que uma criança precisa diariamente (UNICEF, 2016).

4 QUADRO ATUAL DO DIREITO À AMAMENTAÇÃO

Em que pese toda essa evolução legislativa, as penitenciárias femininas não acompanham em par de igualdade o espírito protetivo do legislador. Isso porque muitas delas não proporcionam às detentas seus direitos mínimos previstos em legislação infraconstitucional, dentre os quais o direito à amamentação pelo período que se fizer necessário ao importante desenvolvimento de seu bebê.

Vale dizer que nossa jurisprudência pátria já há muito vem reconhecendo parcialmente esse direito das mulheres encarceradas, assegurando-o, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, aplicando, nestes casos, por analogia com as hipóteses do artigo 117 da LEP, uma espécie de prisão domiciliar especial.

No entanto, nos presídios que possuem essas condições estruturais, quando ultrapassado o período de 06 (seis) meses – tempo de amamentação exclusiva – os bebês são entregues à família da recolhida ou entidade de acolhimento, à espera do cumprimento da pena pela mãe lactante, ou quiçá encaminhadas para procedimento de adoção, interrompendo-se, portanto, por completo o período de amamentação.

Configura, pois, constrangimento ilegal o encarceramento de mulheres lactantes em estabelecimento penal inadequado à sua condição especial, cabendo ao juiz da execução criminal sanar a ilegalidade por meio da concessão, em caráter especial, de prisão domiciliar, zelando, assim, pelo correto cumprimento da pena (artigo 66, inciso VI, da Lei de Execução Penal).

Negar à mulher presa o direito ao devido acompanhamento médico pré, peri e pós-natal e o direito de cuidar e amamentar seus filhos é, sem dúvida alguma, impingir-lhe o cumprimento de uma pena desumana, cruel, que contraria todos os princípios de humanização das sanções penais, de modo que, em última instância, o que está em jogo é a dignidade da pessoa presa, violada em seus direitos fundamentais por uma circunstância a que não deu causa e pela qual não pode ser penalizada: a notória falha do Estado na manutenção de um sistema prisional caótico, que não resguarda os mais elementares direitos dos cidadãos encarcerados.

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontra incontável número de mulheres em nosso país, o que poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher presa quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de lactante.

Em arremate, havendo a vaga com condições estruturais adequadas, deve ser garantido o direito à amamentação pelo período que se fizer necessário e não apenas nos primeiros seis meses de vida do bebê, período de alimentação exclusiva com leite materno.

Fácil de se concretizar com a criação de creches para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses de idade, conforme prevê a Lei de Execução Penal. Caso não seja possível o prolongamento da amamentação até, pelo menos, 02 (dois) anos de idade do infante, igualmente deverá à lactante ser concedido o benefício da prisão domiciliar.

5 O CENÁRIO DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS

Com o passar dos anos, conforme demonstrado, alguns marcos em relação ao sistema prisional foram alcançados, dentre eles, válido tecer

algumas considerações acerca da política de execução penal em voga atualmente no país, e as metas traçadas pelo sistema carcerário.

O primeiro dos órgãos da execução penal é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede na Capital da República e subordinado ao Ministério da Justiça. Foi criado em 1980, e preconiza a implementação de uma política criminal em todo território nacional, ainda, proporciona contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção da criminalidade.

Importante ressaltar também a existência do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que é o órgão executivo que acompanha e controla a aplicação da Lei de Execução Penal e das diretrizes da Política Penitenciária Nacional, emanadas, principalmente, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

Ainda, conhecendo o cenário das penitenciárias femininas do país, o Ministério da Justiça, com esforços do Departamento Penitenciário Nacional, almejando melhorar a condição das mulheres encarceradas, em 2014 expediu a Portaria Interministerial MJ SPM nº 210, de janeiro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAMPE.

Esse instrumento define as diretrizes, os objetivos e as metas voltadas à melhoria da situação do sistema penitenciário feminino, com base nos normativos afetos às mulheres presas, egressas e seus filhos, estando, inclusive, em consonância com as recomendações das Regras de Bangkok, que convida os Estados-membros a desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação, considerando as necessidades e realidades específicas das mulheres presas.

A importância da formação dessa política específica para mulheres se dá em grande parte pelas especificidades do gênero feminino frente ao gênero masculino, como por exemplo, a gestação, entre outros.

Os presídios femininos não foram construídos para propiciar o vínculo entre mães e filhos, nem muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil, visto que:

> O desenvolvimento humano é o processo através do qual a pessoa desenvolvente adquire uma

> concepção mais ampliada, diferenciada e válida do meio ambiente, e se torna mais motivada e mais capaz de se envolver em atividades que revelam suas propriedades, sustentam ou reestruturam aquele ambiente em níveis de complexidades semelhante ou maior de forma e conteúdo (STELLA, 2006 p. 38).

5.1 DADOS NACIONAIS

Em todo o Brasil, a população penitenciária feminina apresentou crescimento de 567,4% entre 2000 e 2014, enquanto a dos homens, no mesmo período, foi 220,20%. O primeiro relatório nacional sobre a população penitenciária feminina do país contém dados de 1.424 unidades prisionais em todo o sistema penitenciário estadual e federal, relativos ao mês de junho de 2014.

Segundo o Infopen, a população prisional brasileira no Sistema Penitenciário em 2014 era 579.781 pessoas, levando em consideração as prisões estaduais e federais. Desse total, 37.380 são mulheres e 542.401, homens. O estudo mostra que, em números absolutos, o Brasil está em quinto lugar na lista dos 20 países com maior população prisional feminina do mundo em 2014.

O encarceramento feminino também começa a apresentar os mesmos problemas de superlotação e crescimento desenfreado de criminalidade que os estabelecimentos prisionais masculinos enfrentam.

O número de vagas disponíveis nos presídios masculinos é de 295.067, apresentando um déficit de 242.825 vagas, ou seja, 45,14%. Já nos presídios femininos, o número de vagas disponíveis é de 22.666, apresentando um déficit de 13.469 vagas, ou seja, 37,28%. Considerando o rápido crescimento da população carcerária feminina, os dados são alarmantes.

5.2 REALIDADE EM SERGIPE

A população carcerária do sexo feminino em Sergipe cresceu 184% nos últimos oito anos conforme levantamento divulgado no dia 5 de dezembro de 2015, pelo Ministério da Justiça. Com apenas um Presídio Feminino (Prefem), localizado em Nossa Senhora do Socorro, 89

mulheres estavam atrás das grades, no ano de 2014 esse número saltou para 253. O Estado teve o terceiro maior crescimento, ficando atrás apenas dos Estados de Alagoas e do Rio de Janeiro.

O estudo inédito realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) aponta que apesar de representar 6,2% de toda a população carcerária do Estado, o número de mulheres presas cresceu proporcionalmente bem mais do que o número de homens presos em Sergipe entre 2007 e 2014. A elevação da população carcerária masculina no Estado foi de 79%.

Ainda segundo o Infopen, em junho de 2014, Sergipe é o Estado com o maior percentual (99%), de detentas sem condenação, seguido pela Bahia (66%). Está bem acima da média nacional (30%).

O Presídio Feminino de Sergipe (PREFEM) possui uma mínima estrutura para assegurar as suas duas recolhidas lactantes (uma provisória e outra com condenação definitiva) que ali se encontram segregadas, segundo dados colhidos no último dia 02 de novembro de 2016.

Composto por dois pavilhões, sendo o primeiro onde se encontram as segregadas reincidentes e o segundo as primárias, neste último, existem celas reservadas às lactantes com camas e berços. Não se trata de um berçário propriamente dito, conforme determina a Lei de Execução Penal, mas ao menos satisfaz o direito à amamentação das duas únicas custodiadas que se encontravam nessa condição.

No entanto, revela-se alarmante a medida adotada pelo sistema prisional quando o bebê completa seis meses de vida. É retirado dos braços da mãe, interrompendo-se por completo a amamentação e colocado à disposição da família da detenta. Na ausência de familiares, a criança fica à disposição de entes públicos responsáveis pela sua adoção.

Tal atitude demonstra que os presídios femininos não satisfazem integralmente os clamores de nossa legislação, eis que não dispõem de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Não possuindo essa estrutura, deve a recolhida ser beneficiada com a substituição da prisão pela segregação domiciliar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo defendeu a necessidade da operacionalização nas unidades carcerárias femininas de medidas que visem o cumprimento das garantias e direitos à amamentação que vêm sendo gradualmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico e que devem ser aplicados às crianças e às suas mães presas, contribuindo para dar maior visibilidade à realidade dos bebês que nasceram no ambiente prisional.

Para tanto, entende-se ser fundamental considerar a importância da amamentação mesmo que em ambiente prisional, devido aos benefícios que a amamentação traz para o bebê e para a mãe que vão muito além dos ganhos nutricionais e imunológicos.

O leite materno, além de conter todos os nutrientes adequados para a manutenção da saúde, crescimento e desenvolvimento do lactente, também beneficia a mãe lactante, proporcionando aspectos positivos no campo psicológico, fortalecendo o vínculo entre ambos, que se perpetuarão por toda a vida, contribuindo para a formação de um indivíduo adulto saudável.

Deste modo, ressalta-se a importância da amamentação para o desenvolvimento da criança, mesmo que alguns estudiosos apontem para as consequências nocivas da permanência da criança em ambiente prisional.

A essa discussão, e tomando por primazia o melhor interesse da criança, acredita-se que seria muito mais prejudicial à separação entre mãe e filho, do que permanecer a criança junto à mãe no período de amamentação, pois são inúmeros os benefícios que o aleitamento materno oferece para o infante, tendo como efeito mais importante a redução da mortalidade infantil, além de conter anticorpos maternos que promovem a transferência imunológica da mãe para o bebê, protegendo-o contra doenças respiratórias, diarreias, otites e alergias.

A legislação brasileira caminha nesse mesmo sentido, em que pese nossos Tribunais devessem ampliar ainda mais esses direitos. Vale dizer que tem sido comum decisões concedendo prisão domiciliar à lactante que não receba mínimas condições de amamentar seus bebês nos seis primeiros meses de vida dentro do estabelecimento prisional em que se encontra custodiada.

Porém, deve-se estender esse benefício às lactantes que tenham filhos

com mais de 06 (seis) meses de idade, que precisam dar continuidade ao período de amamentação, mesmo que sem exclusividade do alimento, conforme determina nossa Carta Magna e Lei de Execuções Penais. Isso porque o direito à amamentação previsto nos mencionados diplomas legais não especificou nenhum limite temporal.

Nesse contexto, estudos científicos sugerem que as mães amamentem seus filhos até pelo menos 02 (dois) anos de vida, mesmo que em complemento à dieta sólida já inserida na alimentação da criança.

Esse cumprimento do período prolongado não vem sendo resguardado ante as condições estruturais das penitenciárias femininas, que não correspondem ao que determinam as normas asseguradoras dos direitos à amamentação das custodiadas.

Assim sendo, é preciso que o sistema prisional, bem como o Judiciário, quando provocado, adequem-se a essa realidade, garantindo, portanto, a incolumidade da dignidade da pessoa presa, violada em seus direitos fundamentais por uma circunstância a que não deu causa e pela qual não pode ser penalizada: a notória falha do Estado na manutenção de um sistema prisional caótico, que não resguarda os mais elementares direitos dos cidadãos encarcerados.

THE RIGHT TO BREASTFEEDING IN THE PRISON SYSTEM

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that the right to breastfeeding of the Inmate has not been guarded in a satisfactory way in its breadth, despite the growing issue protective legislative. By observing the brazilian legislation and jurisprudence, bibliography and multidisciplinary data, you can seek alternative means to remedy the neglect of the State, which ensures the guarded only the period of six months for breastfeeding. The alternative is the extension of stay with the child until at least two years of age, reasonable time for the continuity of breastfeeding and guarantee of various benefits to the child and the arrested. In spite of this situation, it is noted that the physical structure of the penitentiaries for women do not correspond to the reality that craves the constitutional and infraconstitucional legislator. In that context, it is argued that prisons must have crèches, as demands the Brazilian Law of Penal Execution. However, based on field research, it is noted that the female prison in Sergipe has minimal structure to guarantee the right to breastfeeding only in the first six months of life.

KEYWORDS: Breastfeeding. Inmate. Legislation. Female prison.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Max. *Poder e cotidiano em Sergipe.* Blog do Max. 05/11/2015. Disponível em http://blogdomax.net/noticias/sergipe-lidera-o-ranking-de-mulheres-presas-sem-condenacao. Acesso em 28 de outubro de 2016.
BOWLBY, John. *Cuidados maternos e saúde mental.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.
BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça.* 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.
BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1990.
BRASIL. *Sistema integrado de informações penitenciárias*, 2012.
CÉSAR, Maria Auxiliadora. *Exílio de vida*: o cotidiano de mulheres presidiárias. Brasília: Thesaurus, 1996.
CRUZ, Edson Júnior Silva da. *Conhecimentos de mães, educadoras e avós de crianças em acolhimento institucional acerca do desenvolvimento infantil.* Monografia (Trabalho de conclusão de curso), Universidade Federal do Pará, Pará, 2012.
LIMA, Vanessa. *Amamentação Prolongada*: até quando amamentar seu filho? Disponível em 04/05/2016. Acesso em 07 de novembro de 2016. http://revistacrescer.globo.com/Bebes/Amamentacao/noticia/2016/04/amamentacao-prolongada-ate-quando-amamentar-seu-filho.html.
MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento*. 4. ed. Rio de Janeiro, Abrasco, 1996. OLIVEIRA, Vanessa da Silva. Presidiária do Amapá: percepção sobre a importância de amamentar. *Estação cientifica (UNIFAP)*, v.1, p. 127-141, 2011.
OMS. *Organização mundial da saúde*, 2016.
PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo:

Saraiva, 2012.
QUADROS, Pedro Oto. SANTA RITA, Rosangela Peixoto. *Amamentação*: *direito da mãe ou da criança? Um olhar sobre as práticas do encarceramento feminino.* Tese (Doutorado), Florianópolis (SC), 2008.
SANTA RITA, Rosangela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Dissertação (Mestrado), Brasília, 2006.
SIMÕES, Vanessa. *Filho do cárcere*: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2013.
SPITZ, Rene. *O Primeiro ano de Vida*: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objeta. São Paulo: Martins Fontes, 1979.
STELLA, Claudia. *Filhos de Mulheres Presas*: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE, 2006.
TORRES, Andréa Almeida. *Direitos humanos e sistema penitenciário brasileiro*: desafio ético e político do serviço social. Serviço Social & Sociedade, São Paulo: Cortez, 2001.
UNICEF, *Fundo das Nações Unidas para a Infância*, 2016.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DELAÇÃO PREMIADA

Eraldo Ribeiro Aragão Silveira*

RESUMO: O presente artigo científico analisa integralmente o instituto da Delação Premiada no ordenamento jurídico, mais precisamente no que se refere à sua constitucionalidade, estudando os princípios e normas constantes na Carta Magna. Na busca de informações a respeito do tema, foram utilizadas pesquisas bibliográficas de doutrinadores renomados, jurisprudência e legislações, com o fito de estabelecer se o famigerado instituto da delação premiada encontra guarida no contexto jurídico do Brasil. Dessa forma, o presente trabalho buscará introduzir noções acerca do instituto, analisar sua origem histórica no Direito estrangeiro, bem como no ordenamento jurídico pátrio e, precipuamente, analisará se o referido instituto encontra respaldo à luz da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Delação Premiada. Princípios.

1 INTRODUÇÃO

A onda de criminalidade cresce em escala exponencial, assustando os cidadãos com as atrocidades que ocorrem cotidianamente. Deve o Estado, em resposta a essa onda devastadora, buscar solucionar os crimes da maneira mais efetiva possível, atingindo a paz tão almejada na sociedade. Portanto, a delação premiada, como resposta à criminalidade, mostra-se bastante eficaz na investigação e solução dos crimes, notadamente aqueles com maior complexidade, ao evitar um prolongamento das atividades ilícitas e desbaratando grandes organizações e associações causadoras de graves prejuízos à vida, patrimônio e integridade dos indivíduos.

Tal instituto tem como fonte de inspiração as legislações norte-americana e italiana, pioneiras sobre a delação premiada, sendo esta introduzida no ordenamento brasileiro na década de 1990 com o advento da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Hoje, encontra-se prevista em diversas leis como as Leis de Crimes

*Advogado. Graduado pela Universidade Tiradentes (Unit).

Contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7492/1996); Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei nº 8.137/1990); Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998); Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99); Drogas (Lei nº 11.343/06) e, recentemente, na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), em que traz um aprofundado e detalhado regramento sobre a delação e seus efeitos.

Dessa forma, a delação premiada deve ser estudada pela sua extrema importância, quer por ser historicamente aceita pela humanidade, quer por se encontrar positivada nos ordenamentos jurídicos de diversos países; e no caso do Brasil, encontrar previsão em diversas legislações, sendo imperioso fazer uma análise se o instituto pode ser aplicado ao ordenamento pátrio.

O cerne do presente trabalho, no entanto, é analisar se a delação premiada, malgrado seja um meio indiscutivelmente eficaz no combate à criminalidade, encontra-se respaldada legalmente, notadamente no que tange à Constituição Federal e seus princípios norteadores.

Insta salientar que, para a construção do presente artigo científico, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, através de livros, leis, doutrinas de autores renomados, internet, além de pesquisa jurisprudencial.

Nessa toada, no primeiro tópico do artigo estabeleceremos noções gerais acerca de delação premiada, delimitando seu conceito, natureza jurídica, distinção de terminologia e requisitos. Na segunda parte, mostraremos a delação premiada no direito comparado, inclusive com origem histórica e nuances nos ordenamentos norte-americano e italiano. Em seguida, adentraremos no ordenamento jurídico brasileiro, estudando a delação premiada e suas peculiaridades nas diversas leis esparsas.

Em arremate, versaremos sobre o objeto do presente estudo, perpassando pelos princípios constitucionais estreitamente relacionados com a delação premiada e seu modelo de utilização, fazendo-se uma análise do respaldo do instituto à luz da nossa Lex Mater.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DE DELAÇÃO PREMIADA

2.1 CONCEITO

Delação premiada é verificada quando o agente em oitiva policial

ou interrogatório judicial, além de confessar a prática do delito, atribui a conduta a terceiros envolvidos na empreitada delitiva, auxiliando na elucidação dos crimes. Nesse sentido, o Ilustre Vladimir Aras (2011) aduz que delação premiada – ou ainda chamamento do corréu – nada mais é do que confessar seu envolvimento na prática delituosa e expor as outras pessoas implicadas na infração penal.

Portanto, o agente infrator, pretendendo auferir um benefício, se autoincrimina e prejudica terceiros. Mas, não se trata somente de confessar a prática de um delito e prejudicar os comparsas, porquanto o objetivo principal é, exclusivamente, a consecução de um prêmio.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Definir a natureza jurídica de um instituto é sempre uma tarefa árdua, especialmente quando se trata de um tema controvertido como este. Nada obstante, temos a obrigação, como operadores e estudiosos do Direito, de traçar o que cada instituto significa – e onde ele se localiza – dentro da nossa Ciência.

A delação premiada é um meio de obtenção de prova ou em outras palavras, como se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/PR, recentemente, um veículo de produção probatória, pois a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que as endossem. Assim, mergulhando verticalmente no assunto, fixou o Supremo, então, a natureza de negócio jurídico processual, tendo como autores do pacto o Estado e o Acusado, condicionada a eventual homologação por parte do Magistrado.

Em sentido divergente, vale trazer à baila o entendimento de Paulo Quezado Jamile Virgino (2009), que conclui ser a delação premiada verdadeira prova anômala, inominada, pois não arrolada no CPP; um testemunho impróprio, baseado no conhecimento extraprocessual dos fatos, instrumentário da busca da verdade real que se aporta à causa pela particularidade de ser narrada por um corréu, o qual inculpa o outro.

2.3 DISTINÇÕES ENTRE COLABORAÇÃO PREMIADA E DELAÇÃO PREMIADA

Muito se discute sobre a distinção entre Colaboração Premiada e Delação Premiada. Tais institutos são objetos de divergência na Doutrina

e Jurisprudência quando o tema é a nomenclatura e terminologia. Alguns doutrinadores trazem a ideia que as duas são expressões sinônimas e outros, porém, aduzem serem distintas.

Desse modo, a Delação Premiada, por parte da doutrina, é espécie do gênero Colaboração Premiada, isto é, esta por ser mais abrangente, divide-se em delação premiada, colaboração para libertação, colaboração de ativos e colaboração preventiva. Ora, chega-se a essa conclusão com a simples interpretação dos incisos do art. 4º, da Lei n° 12.850/2013. Confira-se:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (**delação premiada**)
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (**delação premiada**)
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (**colaboração preventiva**)
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (**colaboração para localização e recuperação de ativos**)
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (**colaboração para libertação**) (grifou-se)

Compartilhando do mesmo entendimento, está Renato Brasileiro de Lima (2015), afirmando que a Colaboração Premiada é dotada de maior

abrangência. Entretanto, não filiado a essa tese, posiciona-se Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 81) quando, enfático, afirma:

> Colaboração, cooperação e delação premiadas são expressões sinônimas, sim, e assim vêm sendo empregadas academicamente e pela jurisprudência. A classificação em delação *strictu sensu*, colaboração para libertação, colaboração para localização e recuperação de ativos e colaboração preventiva apenas revela os requisitos legais à premiação, vale dizer, o conteúdo que devem apresentar para que sejam premiadas. A leitura açodada desse critério classificatório pode sugerir que seriam espécies autônomas de colaboração, quando, em verdade, podem perfeitamente coexistir em uma ÚNICA delação. Por que classificar, então?

Assim sendo, percebe-se o quanto este tema é intrigante e passível de diversas discussões. Entretanto, tratam-se somente de discussões terminológicas que devem ficar em segundo plano. O que importa, em verdade, é o raciocínio técnico-jurídico para a aplicação dos institutos na praxe forense.

2.4 REQUISITOS DA DELAÇÃO PREMIADA

É requisito da delação premiada, em regra, ser o crime praticado em concurso de pessoas. Além disso, exige-se que a delação seja espontânea e não somente voluntária, vale dizer, o ato de delatar deve partir exclusivamente da pessoa do agente, independentemente de estímulo de terceiro. Com maestria, esmiuçando esse tema, nos ensina Damásio de Jesus (2005) que a espontaneidade é exigida nos institutos das Leis de Organização Criminosa, Drogas e Lavagem de Capitais. Por sua vez, a voluntariedade, por si só, já é suficiente na Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas.

Por fim, o último requisito consiste na eficácia/efetividade da colaboração. Deve o agente prestar as informações, de forma verídica, é claro, e culminando no sucesso da investigação. Só assim, fará jus aos prêmios legais.

3 DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

A traição é inerente à pessoa humana e nada melhor do que a História para mostrar isso. Judas traiu Jesus, entregando-o a Pilatos por míseras 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca, para se isentar da dívida junto à Fazenda Real (CARVALHO, 2009).

Assim, com o passar dos anos, e o crescimento da sociedade com o consequente aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos, resolve-se premiar legalmente essa traição. Eis que surge: a Delação Premiada.

3.2 DELAÇÃO PREMIADA NOS ESTADOS UNIDOS

Na nação norte-americana, pioneira a despeito da delação premiada e justiça negocial, tal instituto deriva do sistema de *plea bargaining* pautado num processo penal da barganha, decorrente da negociação entre o Estado e o Acusado, sendo tal acordo de iniciativa da Promotoria, que possui ampla autonomia nesse sentido.

Aplica-se, em regra, aos crimes de maior gravidade, sejam eles cometidos em concurso de pessoas ou não, tendo em vista que os delitos com menor potencial ofensivo não chegam sequer a terem suas investigações iniciadas.

3.3 DELAÇÃO PREMIADA NA ITÁLIA

A Itália, por sua vez, tem a delação premiada como fruto do sistema denominado *patteggiamento*, consistente num acordo do Ministério Público com o Acusado.

A colaboração, para surtir seus efeitos, deve contribuir para a elucidação dos fatos criminosos, captura dos delinquentes e apreensão de bens que sejam objeto de infrações penais. O acusado, se colaborar de forma efetiva, pode ser agraciado com o livramento condicional ou prisão domiciliar, nos moldes da Lei n° 82, em seu art. 16.

Ademais, a sentença que determinou a benesse ao delator, poderá ser desconstituída através de revisão criminal *pro societate* – não prevista no

ordenamento jurídico brasileiro, inclusive – se posteriormente houver a descoberta de que as informações prestadas eram falsas ou transcorridos até 10 (dez) anos desde o trânsito em julgado da sentença, o autor comete delito inafiançável, de acordo com o mesmo artigo supracitado.

4 DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/1990)

A delação premiada fez sua primeira aparição na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), especialmente no seu art. 8º, parágrafo único, dispondo que "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento terá pena reduzida de um a dois terços".

Este dispositivo se aplica somente nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados praticados em associação criminosa. Assim, provando-se que não havia associação criminosa (art. 288, Código Penal) com o fito de praticar os crimes deste gênero, não haveria de se falar em delação premiada, mesmo que, porventura, houvessem informações que auxiliassem na solução do crime (LIMA, 2015).

A referida lei também introduziu o §4º ao art. 159 do Código Penal, que aduz: "Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços". Entretanto esse dispositivo foi objeto de críticas por parte da doutrina, pois condicionava o instituto da delação ao crime de quadrilha ou bando que, na época, para ser configurado, deveria contar com ao menos 04 integrantes.

Tais críticas ensejaram, posteriormente, sua modificação pela Lei 9.269/1996, tendo a seguinte redação: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

4.2 LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E RELAÇÕES DE CONSUMO (LEIS Nº 7.492/1996 E Nº 8.137/1990)

Inicialmente, vale ressaltar que as Leis que aqui se discute, muito embora pareçam ter o mesmo objetivo, não se confundem, pois visam proteger bens jurídicos distintos.

Com efeito, esmiuçando o tema, entende-se por Sistema Financeiro Nacional, o aglomerado de medidas, operações ou atividades fiscalizatórias direcionado ao uso dos recursos disponíveis pelo Estado, objetivando a atuação eficiente no cumprimento dos mandamentos constitucionais, visando o interesse da sociedade em geral (NUCCI, 2014).

Por sua vez, a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo, visa tutelar o sistema tributário, protegendo a Fazenda Nacional da sonegação fiscal, o sistema econômico e a integridade das relações de consumo.

Ambas as leis trazem em seu bojo o instituto da Delação Premiada. No que diz respeito àquela que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, em seu art. 25, §2º, leciona: "nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Por seu turno, o regramento dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo, com a redação semelhante, em seu art. 16, parágrafo único, assevera que nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

4.3 LEI CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI Nº 9.613/1998)

A lavagem de dinheiro, como sabido, talvez seja o crime que mais tem destaque hodiernamente, seja pela crise política que o Brasil vive, em que a corrupção – infelizmente – impera em todos os setores da sociedade, seja pela Operação "Lava-jato", famosa por desbaratar grandes organizações/associações criminosas compostas, em grande maioria, por políticos.

Assim, por se tratar de um tema relevante e que está em evidência, é necessário trazer o seu conceito. A lavagem de dinheiro, portanto, nada mais é, do que ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização,

disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Tal definição é encontrada no art. 1º, caput, da Lei 9.613/1998. Contudo, com o fim mais didático que o texto legal, discorre Fernando Capez (2012, p. 655) sobre o tema, *in litteris*:

> Lavagem de dinheiro consiste no processo por meio do qual se opera a transformação de recursos obtidos de forma ilícita em ativos com aparente origem legal, inserindo, assim, um grande volume de fundos nos mais diversos setores da economia.

No que diz respeito à Delação Premiada, a presente lei reza em seu art. 1º, §5º, que a pena poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor, ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Assim, percebe-se, mais uma vez, o caráter premial da delação, sempre concedendo benefícios àqueles que contribuem com o deslinde do processo criminal.

4.4 LEI DE PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS (LEI Nº 9.807/99)

A Lei nº 9.807/99 tem finalidade de organizar um sistema oficial de proteção aos colaboradores (testemunhas ou vítimas) do fato delituoso. Assim, a vítima ou testemunha que estiver se sentindo ameaçada ou coagida pode requerer ao poder competente (Justiça Estadual ou Federal, a depender do crime) medidas de proteção. Tais medidas devem ser concedidas em *ultima ratio*, realizadas após se tentar findar as ameaças de outras formas, como, por exemplo, prisões provisórias.

Assim, passada essa breve síntese, a referida norma em seu art. 13º dispõe que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e consequente extinção da punibilidade ao acusado (acusado este que estará servindo também de testemunha ao

colaborar com a investigação do crime, através da delação premiada) que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, trazendo a identificação dos demais coautores, localização da vítima com sua integridade física resguardada ou a recuperação total ou parcial do produto do ilícito. Além disso, para efeito do perdão judicial levar-se-á em conta a personalidade do acusado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Em arremate, ponto importante consiste em saber se os requisitos para a concessão dos benefícios ao delator devem ser cumulativos ou alternativos. Com efeito, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 533), com o brilhantismo que lhe é peculiar, ensina:

> A nosso ver, não se pode sustentar que a aplicação do art. 13 da Lei nº 9.807/99 está subordinado à presença cumulativa de todos de seus três incisos, sob pena de se transformar uma lei genérica, aplicável em tese a qualquer crime, em uma lei cuja incidência da colaboração premiada estaria restrita ao delito de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes cujo preço do resgate tenha sido pago.

4.5 LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343/06)

A nova Lei de Drogas tem previsão da Delação Premiada em seu art. 41, caput, dispondo que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá sua pena reduzida de um terço a dois terços.

Assim, para a efetiva aplicação dos benefícios da delação na Lei de Drogas, além da voluntariedade, exige-se que as informações passadas pelo agente culminem na identificação de todos os partícipes do crime e a recuperação ainda que parcial do produto do delito (GONÇALVES, 2015).

4.6 LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/13)

A Lei de Organizações Criminosas traz um estudo mais aprofundado e detalhado acerca da delação premiada quando comparada com as demais. A recente norma trata da delação em seu art. 4º, *in verbis:*

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Desta forma, a norma dá faculdade ao magistrado de conceder perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, levando em consideração a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (delação).

Ademais, no que tange à eficácia, o artigo é bastante claro em informar que para a consecução dos prêmios legais, deve a delação culminar em um dos resultados descritos nos incisos, devendo-se registrar, oportunamente, que são requisitos alternativos, por força da conjunção "ou".

Existe ainda a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o agente não for líder de organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Outrossim, se a colaboração for posterior à prolatação da sentença, a pena poderá ser reduzida

até a metade ou será admitida a progressão de regime mesmo sem o preenchimento dos requisitos objetivos normais para o aludido benefício.

Por fim, é de bom alvitre lembrar que nenhuma sentença condenatória poderá ser fundada, exclusivamente, nas declarações do delator. Tem o magistrado, utilizando-se do seu livre convencimento, o poder de analisar os acordos de delação e decidir o que deve ser aplicado em juízo.

5 CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA

Tema por demais espinhoso trata-se da constitucionalidade do instituto da delação premiada, despertando, inclusive, intensa discussão doutrinária sobre o tema. Ora, não podia ser diferente, uma vez que a análise da sua constitucionalidade é feita, justamente, para saber se há ou não consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, é válido ressaltar que se deve partir do seguinte pressuposto: a regra é a conservação e validade da lei, e não a declaração da sua inconstitucionalidade, ou seja, a lei não pode ser considerada inconstitucional quando existirem diversas interpretações e uma delas for a favor da Constituição.

5.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da nossa República Federativa do Brasil, consagrando, desde logo, o Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial, afastando, dessa forma, qualquer ideal que não tenha como razão a pessoa humana (ALEXANDRINO; PAULO, 2014).

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 90), aduz existirem dois prismas que regem a dignidade da pessoa humana:

> Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes do fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser

> humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

Com efeito, a discussão sobre a violação da dignidade da pessoa humana, quando da utilização da delação premiada, consiste em que o Estado estaria valorizando a traição. Ademais, a negociação feita pelo Estado seria amoral, violando o preceito de respeitabilidade e autoestima da pessoa humana e tratando o delinquente como um mero objeto de troca. Noutras palavras, Marcos Dangelo (2008), afirma que a delação premiada ofende a dignidade da pessoa humana por fazer da confiança um valor que pode ser vendido pelo criminoso.

Entretanto, tal argumento é insustentável, pois não se pode olvidar que, como esposado alhures, a delação se dá de forma voluntária e/ou espontânea, ou seja, o acusado não é obrigado a negociar com o Estado e, porventura, trair seus comparsas.

Além disso, pode o agente estar arrependido e resolver auxiliar as autoridades na investigação criminal, recebendo em decorrência disso, benesses que lhe são de direito. Respeita-se, dessa forma, a dignidade da pessoa humana de forma integral, pois não há imposição estatal ou qualquer tipo de coação e desrespeito aos direitos do acusado em proceder à delação.

5.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é direito fundamental e está previsto na Carta Magna em seu art. 5º, XLVI, dispondo:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;

c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;

Desse modo, a individualização da pena, como direito fundamental, traz a noção de que deve ser aplicado a cada indivíduo o que efetivamente lhe cabe, nem mais, nem menos. E para isso, leva-se em consideração aspectos objetivos e subjetivos do fato criminoso (MASSON, 2014).

Os aspectos objetivos são traduzidos nos crimes praticados pelo agente. Crime praticado contra a vida, por exemplo, deve ter uma proteção superior com uma consequente pena mais severa do que as dos crimes contra patrimônio ou honra. Por sua vez, os aspectos subjetivos se traduzem na personalidade do agente infrator, motivos do crime, antecedentes, dentre outros. Somam-se esses aspectos – objetivos e subjetivos – e chega-se à pena justa a ser aplicada.

Nessa esteira, Ferrajoli (2002) leciona que a delação premiada vai de encontro com esse preceito. Muito porque, no caso concreto, réus que praticaram condutas menos gravosas receberiam pena maior por não terem participado do acordo de delação, ou, ainda, por terem sido os delatados. Desse modo, acusados em mesma situação jurídico-penal teriam tratamento diferenciado, ferindo, inclusive, a própria isonomia material.

Todavia, não assiste razão a essa tese, pois, acima de tudo, deve se levar em conta os aspectos subjetivos da individualização da pena, que, neste caso, refletem-se no auxílio prestado pelo delator à investigação criminal, trazendo resultados eficazes. Nessa mesma trilha, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 71) assinala:

> Se a simples confissão enseja a minoração da reprimenda – art. 65, III, d, do CP -, o que se dirá quando o acusado decide colaborar com a persecução penal, trazendo um *plus* que não pode ser ignorado pelo Estado-juiz na quantificação da resposta penal.

5.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do devido processo legal tem sua origem atrelada à Magna

Carta Inglesa de 1215, outorgada por João Sem-Terra, Rei da Inglaterra à época. Tal garantia é peça essencial para manter sólido um Estado Democrático de Direito. É através dela que se assegura aos cidadãos o direito ao contraditório e ampla defesa antes de, eventualmente, terem seus bens ou sua liberdade restrita.

O devido processo legal é compreendido em formal/procedimental e material/substantivo. O primeiro, também chamado de *procedural due process of law,* exige a abertura de regular processo como condição para restrição de direitos. Enquanto o segundo (*substantive due processo of law*) exige justiça e razoabilidade das decisões que restringem direitos. Nesse sentido, convém trazer os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 741) que, sintetizando o tema, aduz:

> [...] não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger.

Sendo assim, o princípio do devido processo legal, para ser efetivamente respeitado, deve andar lado a lado com a ampla defesa e o contraditório, pois, estes, nada mais são do que seus corolários. "Lado a lado", anote-se, literalmente, porquanto na nossa Constituição eles vêm em incisos seguidos: o direito ao devido processo legal é previsto no inciso LIV, enquanto a garantia à ampla defesa e contraditório, no inciso LV, ambos do Art. 5º da Constituição Federal, o que demonstra ainda mais a sua associação.

Com efeito, por ampla defesa entende-se a possibilidade que é dada ao réu de se utilizar de todos os meios para trazer ao processo elementos capazes de esclarecer a verdade; enquanto o contraditório é o dever do juiz de dar "ouvida" a ambas as partes, sob pena de parcialidade (LOPES JR., 2015).

Debate-se que a delação premiada viola a garantia ao contraditório, haja vista o delatado não estar presente para se defender e contrariar o que é dito pelo delator, seja em juízo ou em sede policial. Nesse sentido,

posiciona-se Aranha (2006) ao intitular a delação premiada como prova irregular, anômala, pois viola o contraditório.

Sem embargo, quando a delação ocorre em sede policial, notadamente em inquérito, por ser este um procedimento inquisitório, isto é, sem a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa não há de se falar em qualquer tipo de violação, pois não há o que ser violado. A natureza da inquisitoriedade do inquérito policial tem o único objetivo de otimizar e agilizar as investigações dos crimes. Ademais, o juiz, quando da prolatação da sentença, não poderá se basear no inquérito policial, pois violaria gravemente a Constituição Federal. Nesse sentido, o art. 155 do Código de Processo Penal anuncia:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas
> Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Noutro giro, se realizada a delação premiada no curso do processo criminal, deve-se abrir oportunidade ao delatado de contrariar o que é dito pelo delator, formulando reperguntas, e, se assim não o fizer, pode incorrer em preclusão (LIMA, 2015).

Somado a isso, não se pode olvidar que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente delator, por força do Art. 4º, §16º, da Lei 12.850/13.

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> § 16. Nenhuma sentença condenatória será

> proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Desta forma, percebe-se a cautela do legislador em não colocar a delação premiada no patamar de rainha das provas, devendo o juiz, utilizando-se do seu livre convencimento e da análise de todas as provas coligidas no processo, proferir a decisão mais justa, respeitando-se os princípios e garantias constitucionais.

5.4 ÉTICA E MORALIDADE

A Constituição Federal consagrou expressamente em seu art. 37, caput, o princípio da moralidade administrativa. Confira-se:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Com efeito, o sobredito princípio exige que o agente administrativo atue baseado nos preceitos éticos. Não basta somente seguir formalmente a lei, deve saber distinguir o honesto do desonesto.

De acordo com o ilustre Alexandre de Moraes (2015, p. 345):

> Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Deve o Estado ser o exemplo de moralidade e ética para os administrados o terem como espelho, porém age com ardil para demonstrar o acerto da sua pretensão condenatória. Ademais, ainda beneficia o delator que se revela o mais repugnante de todos, pois trai a sociedade e o ordenamento jurídico com a prática da infração penal

e trai os comparsas, protagonizando dupla traição (SANTOS, 2016).

Assim sendo, o Estado estaria quebrando esse preceito, estimulando e fomentando a traição entre criminosos, indo de encontro com a ética e moralidade, que ele próprio impõe em suas atuações, ao celebrar o acordo de delação premiada.

A traição é vista como moralmente abominável desde os tempos mais longínquos da humanidade e não é preciso ir muito longe para verificar isso, pois, até o Código Penal, prevê a traição como agravante ou qualificadora de crime.

Ocorre que, na contramão a este entendimento, assevera Guilherme de Souza Nucci (2016, p.702): "no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado".

E complementa:

> A rejeição à ideia da colaboração premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos preciosos, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com regras próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada (NUCCI, 2016, p. 703).

Posto isso, dada essas opiniões divergentes acerca do tema, é evidente a efetividade da delação premiada na resolução dos crimes, cometidos, em grande maioria, por organizações criminosas, desprovidas de qualquer sentimento de moralidade e ética, capaz de cometer toda e qualquer atrocidade contra quem as impeça em suas empreitadas criminosas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação premiada é meio de produção de prova de extrema importância para a elucidação de crimes, mormente aqueles de forma organizada. Através dela, o delator confessa a prática do crime e auxilia

o Estado na persecução penal, recebendo, para tanto, benefícios legais.

Tal instituto é amplamente utilizado no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 90, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos. Ademais, a delação vem mostrando-se bastante diligente em desbaratar grandes organizações e solucionar crimes complexos. O melhor exemplo disso – trazendo para nossa realidade – é a Operação "Lava-Jato", pois, através dela, veem-se grandes poderosos, antes ditos intocáveis, atrás das grades. Assim, é inegável sua importância para a efetivação da paz social.

Outrossim, foi visto que outros países, pioneiros sobre o tema, utilizam a delação como meio facilitador de solução dos crimes, logrando êxito em sua aplicação. Além disso, o Brasil albergou o instituto em diversas leis espalhadas pelo ordenamento jurídico.

A delação premiada, malgrado sua notória efetividade, é carregada de uma moralidade suspeita, violando, supostamente, princípios constitucionais que são direitos fundamentais solidificados, dando margem, inclusive, à discussão de doutrinadores que entendem pela não guarida legal do referido instituto.

Todavia, neste artigo científico ficou demonstrado que a delação premiada respeita: a dignidade da pessoa humana, pois dá oportunidade ao agente de se arrepender e auxiliar a justiça na elucidação do crime; a individualização da pena, porquanto dá benefícios legais àqueles que contribuíram de forma efetiva na solução do delito; o devido processo legal, mais precisamente no que tange ao contraditório, pois, nada obstante, é aberta a oportunidade do agente delatado formular reperguntas ao agente delator, exercendo, de fato, o contraditório legal.

Por fim, não viola a ética e moralidade, pois, no seio criminoso não há que se falar em qualquer sentimento de ética e moral, devendo o Estado se utilizar dos meios possíveis ao combate da criminalidade de maior complexidade, com o fito de proteger a sociedade das mazelas deixadas pelos delinquentes.

Isto posto, conclui-se que o famigerado instituto da delação premiada não deve ser descartado do ordenamento jurídico, pois a sua constitucionalidade é notória, haja vista respeitar os princípios insertos na Constituição Federal.

Por derradeiro, percebe-se, portanto, que a delação premiada tem consonância com a Constituição da República, por ser meio efetivo no

combate à criminalidade e homenagear o regramento legal brasileiro.

Eventuais declarações de sua inconstitucionalidade, contudo, devem ser verificadas casuisticamente, e, em existindo abuso ao manejo do instituto, com graves violações aos princípios constitucionais, deve ser afastado.

___

THE CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF PLEA BARGAINING

ABSTRACT: This scientific paper fully analyzes the institute of the Plea Bargaining in the brazilian's legal system, specifically with regard to its constitutionality, studying the principles and legal rules contained in the Constitution. In search of information on the subject, some bibliographical research of renowned scholars were used, as well as jurisprudence and legislation, with the aim of establishing whether the infamous Plea Bargain's institute finds shelter in brazilian's legal context. Thus, this paper aims to introduce some notions about the institute, analyzing its historical inception in foreign law, as well as parental rights law and, primarily, consider whether the institute is supported by Brazilian's Federal Constitution.

KEYWORDS: Constitutionality. Plea Bargaining. Legal Principles.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal.* 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAS, Vladimir. *Lavagem de Dinheiro*: prevenção e controle penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. 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>. Acesso em: 18 out. 2016.
_____.. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. *Define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. *Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. *Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 9.807, de 13 de julho de 1999. *Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.
_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de prova, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.304, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 127483/PR*, Rel. Min. Dias Toffoli., 04 de fev. 2016. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310272081/habeas-corpus-hc132921-pr-parana-0001211-2620161000000 >. Acesso em: 12 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: legislação penal especial. Vol. 4. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Marcos Dangelo da. *Delação premiada.* Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/Delacaopremiada.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal.* Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro.* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 10 out. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada.* 3. ed., 3ª tiragem. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal***.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Parte geral. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 31. ed. São Paulo:

Atlas, 2015.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. Rev e atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.
_____. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 8. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
_____. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 10. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 2. Rio de Janeiro : Forense, 2016.
SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada.* Salvador: Jus Podivm, 2016.
VIRGINO, Paulo Quezado Jamile. *Delação premiada.* Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009.

TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL E O REDIMENSIONAMENTO DA COGNIÇÃO

Eric Cesar Marques Ferraz*

RESUMO: O espoco do presente artigo é tentar abordar um dos temas capilares do processo civil que é a Teoria Geral das Provas, que reflete diretamente nos mecanismos da busca de um processo justo e eficaz. Sendo assim partimos nossa singela pesquisa de noções elementares da Teoria Geral das Provas, buscando lições doutrinárias clássicas e contemporâneas, tratando um pouco de sua história, de sua conceituação e de sua importância à ciência processual civil, logo em seguida discorremos sobre o procedimento probatório e o ônus das provas, por fim adentramos na teoria da cognição, analisada por prismas diferentes pelos consagrados Professores Kazuo Watanabe e Ovídio Baptista da Silva e propomos um redimensionamento da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Geral da Provas. Procedimento Probatório. Ônus da Prova. Teoria da Cognição. Redimensionamento.

1 INTRODUÇÃO

O presente escrito teve por objetivo o estudo e a pesquisa científica através de diversos artigos, livros de consagrados professores acerca da Teoria Geral das Provas no processo civil. Temos como um tema de importância capital ao processo civil, haja vista que qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida, é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias e baseada em diversos elementos de prova.

Começamos o estudo tentando trazer um pouco de história na qual evoluiu o tema, traçamos noções elementares sobre a teoria geral das provas buscando sempre compatibilizar as clássicas lições com as contemporâneas. A doutrina mais atual, afirma que provar é demonstrar

* Advogado, Procurador da Câmara Municipal de São Bernardo do Campo (SP), Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. E-mail: ericferraz@adv.oabsp.org.br.

que uma alegação é boa, correta e, portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Sobre a finalidade da prova, tem-se a clássica noção que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa, deve-se, porém modernamente acrescentar outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do convencimento acerca dos fatos da causa.

Discorremos também no tópico segundo sobre o procedimento probatório que em sentido amplo, visto que este abrange algumas fases, sendo esse procedimento compreendido em sentido *lato* pela instrução da causa, que é o preparo dos elementos necessários para que se profira uma decisão. Analisamos ainda o instituto do ônus da prova e seus fundamentos que decorrem de três princípios prévios: 1°) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição; 2°) o princípio dispositivo-colaborativo; 3°) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova.

Por fim haja vista que tudo tende a evoluir com o tempo, e assim ocorre com a ciência do processo civil, que também navega por esse oceano, e sofre efeitos com as evoluções em todos os ramos do conhecimento humano, em especial agora com novas correntes de pensamento na busca de um processo mais justo, célere e eficaz, corroborado ainda com a explosão tecnológica no ramo das telecomunicações que navega em velocidade alarmante com a internet, transmissão eletrônica de dados em tempo real, processo eletrônico, virtualidade de audiências, aplicativos de celulares, impressoras 3D, redes sociais, *Iphones*, *smartphones*, *tablets* etc. Motivos que nos levam a pensar numa proposta de redimensionamento da teoria da cognição que será apresentada em modestas linhas neste artigo.

2 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL

No plano prático do processo é mais importante para as partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos.

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana

do verbo *probare*, com significado de examinar, persuadir, demonstrar. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível[1], mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Vejamos a título histórico as lições do Professor Vicente Greco Filho[2], acerca do esboço histórico e direito comparado sobre provas, ainda sob a égide do CPC de 73:

> *"No Direito Romano anterior ao período formulário, as referências ao ônus da prova são escassas, o que significa não só porque o Direito Romano se fundava no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes, por sua conta e risco, formular suas afirmações quanto fornecer as provas, mas também porque o juiz era autorizado a não se pronunciar sobre a contenda, quando não suficientemente instruída, pelo sibi non liquere. No Corpus Juris Civilis, dois títulos ocupam-se da matéria (D. 22.3 e C.IV.19) (...) São do Direito Romano os brocardos: actore non probante, réus absolvitur (se o autor não fizer prova, absolve-se o réu); probatio incubit quit dicet, non qui negat (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega); in excipiendo reus fit actor (apresentando exceção, o réu se torna autor); e negativa non sunt probanda (os fatos negativos não devem ser provados).*
>
> *Essas regras práticas, ainda hoje na prática forense utilizadas, não tinham verdadeiro caráter científico (...) , mas serviram de base para o direito moderno montar o sistema atual consagrado em nosso art. 333.*
>
> *Durante a prevalência do direito germânico, o processo era dividido em duas fases: uma relativa à sentença de prova, onde o juiz declarava a quem cabia o ônus, geralmente o réu, porque o autor não reclamava um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; e a segunda em que a parte sujeita ao ônus devia produzir a prova, que em geral tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejulgamento da causa.*
>
> *Após o ano 1000, com o ressurgimento do Direito*

> *Romano, voltam a ser aplicados os princípios acima aludidos do Direito Romano clássico, com a limitação, porém, da atividade judicial, segundo a regra iuedx debet iudicare secundum allegata et probata partium (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes). Cada parte formulava suas positiones, competindo-lhe a prova de suas afirmações desde que houvesse controvérsia. Os mesmos princípios foram seguidos pelos glosadores (Bulgaro, Bartolo, Baldo etc .), com as pequenas adaptações da época.*"

Os consagrados Professores[3] Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pelegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra ainda sob o manto do CPC/73 lecionam:

> *"As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E elas ordinariamente se contrapõem às afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo. No dizer das Ordenações Filipinas, "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões" (Liv. III Título 63) sobre questões de fato"(...)*
>
> *Já vimos que são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração secundum conscientiam, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais*

> *que devem ser indicados.*
> *O sistema da persuasão racional, ou do livre convencimento, é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do Código de Processo Civil, verbis: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento".(...) Persuasão racional no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram à conclusão."*

Segundo os ilustres e modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[4]: *"Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um shopping center ou em um processo jurisdicional), é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova"*.

É imprescindível que o julgador em sua motivação analise as provas que deem sustentação à tese vencedora bem como as trazidas pela parte sucumbente que não o convenceram, senão vejamos as lições dos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> *"embora o que ocorre na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram.(...) é preciso eliminar a ideia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor."*[5]

Nesse sentido os Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Alexandria de Oliveira[6]:

> *"De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela respeito do juiz pela atuação processual da parte."*

Lecionam com brilhantismo os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[7]:

> *"É comum dizer que a verdade absoluta é algo inatingível, que é utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso é o que; a rigor, ou o fato existiu ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas.*
>
> *No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos – ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles. Parafraseando João Ubaldo Ribeiro, o negócio é o seguinte: no processo, não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações. Ou, como diriam os Titãs, "existem provas de amor, apenas; Não existe amor (...)*
>
> *O mais correto, mesmo seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana. Esta, sim seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações. "O Juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz*

> *de reconstruir fatos ocorridos no passado; máximo que se lhe pode exigir é a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado para que não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas"*[8].

Como lecionado por Michele Taruffo[9], nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas. Toda discussão sobre a "verdade" há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto[10].

A par do seu escopo de pacificação social (resolução de conflitos), o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os seus sujeitos envolvidos. Nesse sentido tem-se o art. 6° que inova com a inserção do princípio colaborativo, o art. 369 do CPC expressamente menciona a "verdade" como objetivo da prova. Assim também o faz o art. 378, do CPC, que diz que *"ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade"*. Mas é forçoso apontar sobre colaboração da parte para o descobrimento da verdade o Enunciado n. 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*a compatibilização do disposto nestes dispositivos (art.378 e 379 do CPC) com o art. 5°, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si mesmo em razão de reflexos no ambiente penal"*. Questão esta que deverá ser interpretada à luz do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo, haja vista que deverá ser feita pelo juiz uma ponderação de valores constitucionais, tendo em vista o princípio da proporcionalidade para adequar a tutela jurisdicional efetiva e eficaz, pois se de um canto a parte não pode produzir prova contra si mesma, de outro a parte tem direito a uma tutela jurisdicional justa e razoável, para resguardar valores constitucionais insculpidos no art. 5° da C.F.

Sobre a finalidade da prova, tem-se a clássica noção que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa, deve-se, porém acrescentar outro aspecto: tem ela, além e

antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do convencimento acerca dos fatos da causa. Nesse sentido o Professor Flávio Luiz Yarshell: *"(...) a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo assim, determinante de suas condutas"*[11] e os Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

> *"Nesse sentido, exige-se da parte, ou do seu procurador, uma análise criteriosa das alegações de fato e das provas de que o sujeito dispõe a seu respeito – além, obviamente, da tese jurídica que elas permitem sustentar. Ainda que a parte tenha íntima convicção do seu direito, ou da legitimidade da resistência que opõe ao direito da contraparte, é preciso verificar se os fatos nessa posição jurídica que se assenta podem ser demonstrados. (...)*
> *Dentro desse contexto, a prova assume uma finalidade sobremaneira importante: serve ela para indicar à parte quais as chances de êxito e, por conseguinte qual será o seu comportamento no processo ou mesmo antes dele. (...) as partes podem, com base nisso, evitar uma demanda judicial, ou extingui-la por autocomposição."*[12]

Onde não há controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. Fatos incontroversos não dependem de prova (art. 374, II e III, do CPC). Independem ainda de prova, os fatos intuitivos ou evidentes, assim como independem de prova os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal.

A incontrovérsia não impedirá a produção da prova se: i) a lei exigir que o ato se prove por instrumento ou por determinado meio de prova; ii) não for admissível confissão a seu respeito; e iii) o fato estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. A incontrovérsia nesses casos é irrelevante (art. 341, CPC).

De acordo com o art. 374 do CPC independem de prova os fatos: (i) notórios; (ii) afirmados por uma e confessados pela parte contrária; (iii) admitidos no processo como incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Além disso, e embora o

artigo não diga expressamente, independem de prova também, os fatos impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa.

Segundo a doutrina do consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos[13], para o juiz não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração de sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz *quer e precisa* saber da *verdade* em relação aos fatos afirmados pelos litigantes. A exigência da verdade, quanto à existência ou inexistência, dos fatos, se converte na exigência da prova destes.

Já os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que: "*Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o thema probandum*".

Nesse sentido afirma-se que *"provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.*[14]

Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a "alegação de fato". Provar é, portanto, convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova tem, pois, um objeto. Prova-se um cálculo matemático, uma lei da física, a cor de determinado objeto. Tem uma finalidade, que é a formação da convicção de alguém e tem um destinatário, que pode ser terceiro, ou terceiros, ou o próprio agente da demonstração.

Quem se propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, isto é, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova.

Neste contexto, a prova judiciária tem um objeto, uma finalidade, e um destinatário; serve-se de meios e métodos próprios. O objeto da prova judiciária são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção. Sua finalidade é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa, verificando se os fatos afirmados são certos, cria-se a certeza quanto à sua existência e faz-se a convicção.

Por sua vez a prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios, ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica

(narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos constante de documento), ou sua reprodução objetiva (exame de coisa por peritos, ou pelo próprio juiz). Ou ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência.

Os meios de prova variam conforme a natureza do fato. Mas um mesmo fato pode ser provado por vários meios. Na prova judiciária, os meios precisam ser juridicamente idôneos, isto é, a prova dos fatos, em juízo, faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo.

Vejamos o conceito e a clássica classificação de prova judiciária, segundo as lições do renomado Professor Moacyr Amaral dos Santos[15]:

> *"Das várias classificações, preferimos, pela sua objetividade e sentido prático, a de MALATESTA, seguida entre os juristas brasileiros, por AURELIANO DE GUSMÃO e GABRIEL DE REZENDE FILHO. Assenta-se a classificação em três critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma da prova.*
>
> *a) Objeto da prova é o fato por provar-se.*
>
> *Relativamente ao objeto, as provas são diretas ou indiretas.*
>
> *Se, se refere ao próprio fato probando, ou consiste no próprio fato, a prova é direta. Na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha que narra o fato do acidente, a que assistiu, ou conforme o que lhe narrou testemunha ocular; na ação de cobrança de dívida proveniente de mútuo, o documento de confissão de dívida, em que se funda; a testemunha ou o documento são provas diretas, pois se referem imediatamente ao fato probando.*
>
> *Se não se refere ao próprio fato probando, mas sim, a outro, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega àquele, a prova é indireta. Assim, por exemplo, na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha ou o perito descrevem a posição em que encontram os veículos sinistrados, após o acidente; na ação demarcatória, a existência de sinais de cerca antiga na divisa dos imóveis. Ali e aqui não há referência direta ao fato probando, mas a outros*

fatos, dos quais, pelo raciocínio, se pode chegar a uma conclusão quanto à existência daquele fato. São provas indiretas as presunções e indícios.

Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é consequente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio a prova indireta reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos, para se atingir a verdade relativa ao fato probando.

Às provas diretas calha a denominação de históricas, da classificação de CARNELUTTI; às indiretas a denominação de críticas, da mesma classificação.

b) *Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando.*

Conforme seu sujeito, a prova é pessoal ou real.

Prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. A testemunha que narra fatos que viu, o documento de confissão de dívida, a escritura de testamento são provas pessoais.

Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu. A carreira de bambus, nos limites entre dois imóveis; as trincas nas paredes; o ferimento, o terror, o desespero são autênticas provas reais.

c) *Forma da prova é a modalidade ou a maneira pela qual se apresenta em juízo.*

Em relação à forma, a prova é testemunhal, documental ou material.

Testemunhal, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou orais, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento de parte, confissão, juramento.

Documental é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias, etc.

Diz-se prova material a consistente em qualquer

materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

d) Aproveitando-nos de uma classificação de BENTHAM, ainda distinguimos as provas, quanto à sua preparação, em causais e preconstituídas.
Por causais, também ditas simples, se consideram as provas preparadas no curso da demanda. São causais, as testemunhas, que assistiram eventualmente ao fato; os documentos, que não hajam sido formados para servir de representação do fato probando.
Por preconstituídas, no sentido amplo, se entendem as provas preparadas, preventivamente, em vista de possível utilização em futura demanda. No sentido estrito, dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem."

Para poder declarar a procedência ou improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos, evidentemente interligados, mas que podem ser lógica e idealmente separados: o direito e o fato.

É possível entender que o juiz, na sentença, desenvolve um raciocínio silogístico. A premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta; a premissa menor é a situação de fato concreta; a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido.

Para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, que os torna ilegítimos. Tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade.

Quando o meio de obtenção da prova for ilícito, há ainda grande divergência doutrinária a respeito da aceitação, ou não de provas obtidas nessas condições. A tendência moderna, contudo, é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional, como por exemplo, a inviolabilidade do sigilo de correspondência ou de comunicação telefônica. Se a parte por meios

ilícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, para nomes consagrados da doutrina e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova[16]. Mas tal regra não é absoluta, porque pode haver necessidade de conciliar a norma com outros direitos constitucionais[17], haja vista que em tempos atuais há que haver uma ponderação de valores à luz do neoconstitucionalismo, para encontrar uma decisão para proporcionar que se preste uma tutela jurisdicional justa e eficaz, o que algumas vezes pode reconhecer tais provas em prol de um outro valor constitucional em discussão. Assim são também ilegítimos os meios que violam a integridade da pessoa humana como a tortura, a narcoanálise etc...

O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E O ÔNUS DA PROVA

Com relação ao procedimento probatório[18] em sentido amplo, compreende-se por instrução da causa o preparo dos elementos necessários para que se profira uma decisão. Abrange, por isso, a fase postulatória, quando se expõe os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, a fase de saneamento, em que se fixam as controvérsias, e a fase probatória em si, sendo esta última a instrução em sentido restrito, a qual é a fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos probandos, aparelhando-se o processo com os elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno da lide.

O procedimento probatório costuma ser dividido em quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração da prova. A fase de proposição consiste no requerimento, formulado pela parte, de utilização de um meio específico de prova para demonstrar uma afirmação de fato. Requeridas as provas, o juiz deverá resolver sua admissibilidade, na chamada fase de admissão, as quais passarão por um juízo de avalição preventivo quanto à necessidade, utilidade e cabimento.

É possível também que o juiz ordene determinada prova de ofício, por considerá-la necessária, útil e cabível, para a formação de sua convicção, podendo este ordenamento oficial ser na fase de proposição e admissão, ou após a fase de produção de provas, caso o juiz esteja insatisfeito com o material probatório colhido.

A fase de produção das provas é o procedimento pelo qual se

concretiza o meio de prova: juntada de documentos, realização pericial ou inspeção judicial, tomada de depoimento etc. A audiência de instrução e julgamento é o momento procedimental típico para a coleta das provas orais. A prova documental produz-se de regra, com o ato postulatório inicial. Por fim a valoração das provas será feita na decisão, quando o órgão julgador demonstrará que papel teve a prova na formação do seu convencimento.

Com relação à natureza jurídica das normas processuais apontamos que existem duas teorias mais correntes, a processualista e a materialista. A teoria processualista é aquela que conta com maior número de adeptos, e enxerga as normas sobre provas como normas processuais basicamente por se destinarem à formação e convicção do juiz. É a teoria adotada no Código de 73 pelo Professor Alfredo Buzaid, bem como a adotada pelo CPC de 2015, e nas doutrinas de Giusseppe Chiovenda, Enrico Tullio Liebman, Ugo Roco e Cândido Rangel Dinamarco.

Na ótica da visão materialista as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente. Filiamo-nos a esta corrente, pois a prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la a juízo ou não (Ex: vistoria de um imóvel a ser locado, a maioria das provas documentais acostadas na inicial etc.). Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. A prova é tema de direito material, pois oferece informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto da decisão. Neste sentido os Professores Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Moacyr Amaral dos Santos, João Monteiro, João Mendes Júnior, Hermenegildo de Souza Rego, Fredie Didier Jr., dentre outros. Esta visão é bem absorvida pela doutrina francesa, e na Itália e em Portugal, a prova é disciplinada pelo Código Civil. Nosso Código Civil também a prevê nos artigos. 212 a 232 dispondo sobre a forma e a prova do ato jurídico.

As únicas normas que podem ser processuais por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao procedimento de produção de prova em juízo e ao poder judicial de distribuição dinâmica e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Antes de adentrarmos na seara do moderno Princípio Colaborativo como atual norma estruturante do direito probatório, é preciso lembrar

que a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma tomar por base a mesma compreensão dos modelos de organização do processo. Há, assim, dois modelos: a) os sistemas informados pelo princípio dispositivo, que cabe às partes a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*commom law*), o *adversarial system*; b) e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system.*

Lecionando a respeito o renomado Professor José Carlos Barbosa Moreira[19]: "*(...) justamente lá se vêm manifestando sinais – mais ostensivos na Inglaterra e nos Estados Unidos – de um deslocamento da ênfase de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, países da Europa continental dão a impressão de deixar-se tentar pela ideia de um movimento em sentido oposto*".

É o que referido professor chama de "*jogo de correntes e contracorrentes*", identificando, aí, sintomas de convergência das duas famílias tradicionais do direito processual – *civil law* e *commom law*. E profetizando *"quem sabe um dia o processo de civil law e o processo de commom law venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que se contrastam*", o que de fato foi concretizado no CPC/15, uma verdadeira fusão entre essas duas famílias do direito processual, coradas com o implemento do princípio colaborativo.

Apesar de algumas resistências, pode-se dizer que o nosso ordenamento, por meio do art. 370 do CPC, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios[20], qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, seguindo rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do *inquisitorial system*.

Atualmente, porém, o assunto merece nova reflexão e direcionamento. A valorização do modelo inquisitorial terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos – em alguns, casos aniquilados, abrindo margem a uma espécie de protagonismo judicial.

Nesse contexto, surgiu uma doutrina denominada de garantismo

processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizados no caso pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli[21]. Em paralelo, consolidou-se com o advento do CPC de 2015 o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação do processo – adversarial e o inquisitorial –, existe um terceiro modelo, o cooperativo, baseado no princípio da cooperação art. 6° do CPC, visto que este caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador no duelo das partes[22]. O contraditório é revalorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida[23], sendo insculpido nos artigos 369 e 370 do CPC, *in verbis*:

> *"Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*
> *Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*
> *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

Nesse sentido lecionam os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[24]: "*A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para todos eles.*"

Sobre o artigo 370 do CPC, segundo nos parece a melhor interpretação que se pode dar é aquela ponderada e proporcional que privilegia o meio

termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar. Uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la, visto que todos têm direito a um processo justo e eficaz conforme art. 6º do CPC.

Nesse contexto precisamos fazer um parêntese para determinada situação. A parte pode expressamente dispor sobre seu direito de produzir prova, seja mediante acordo firmado com a parte contrária ou abrindo mão de algum meio de prova. Nesses casos com base no art. 370 entendemos que o juiz não pode determinar de ofício tal meio de prova.

Tem-se aí típico exemplo de negócio jurídico processual unilateral, quando a manifestação da vontade vem apenas de uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova.

Isso decorre da aplicação do art. 190 do CPC, que consagra a atipicidade da negociação processual celebrada pelas partes. É possível a existência de negócios probatórios atípicos. Uma vez observados os pressupostos do art. 190 e sendo válido o negócio jurídico processual, o juiz fica a ele vinculado.

Entre os meios de prova estão especificados no CPC de 2015 os que normalmente se produzem em juízo que são: da ata notarial (art. 384); do depoimento pessoal (art. 385 ao art.388); da confissão (art. 389 ao art. 395); da exibição de documento ou coisa (art. 396 ao art. 404); da prova documental (art. 405 ao 438); dos documentos eletrônicos (art. 439 ao art. 441); da prova testemunhal (art. 442 ao art. 449); da prova pericial (art. 464 ao art. 480) e por fim da inspeção judicial (art. 481 ao art. 484).

Também são meios de prova, ainda que não especificados no referido Código, os *moralmente legítimos*, tais as chamadas *provas emprestadas*, isto é, transpostas de outros processos, a prova dactiloscópica, a ficha antropométrica, as últimas formando no grupo das provas conhecidas como provas sem denominação (CARNELUTTI), que são pelo direito havidas como idôneas e admissíveis.

Quanto às interceptações de comunicações telefônicas, citados meios

de prova só estão previstos na esfera penal (C.F., art. 5°, XII, e Lei n° 9.296, de 24-7-1996).

No sistema brasileiro as provas são indicadas ainda no Código Civil. Dispõe o art. 212 do Código Civil que, "*salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I- confissão; II- documentos; III- testemunhas; IV- presunção; V- perícia*".

A questão sobre o ônus da prova reconhece a doutrina, é das basilares do direito processual. O juiz tem poderes investigatórios, mas não limitados em face do princípio dispositivo-colaborativo. A atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para decisão.

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1°) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2°) o princípio dispositivo-colaborativo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas a atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz[25]; 3°) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium)* e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Por muito tempo as teorias da escola clássica de direito processual italiana[26] somente consideravam o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das consequências para a parte que deveria provar e não o fez. A doutrina processual austríaca viu outro aspecto do ônus da prova, o ônus objetivo, voltado para o juiz, o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos independentemente de quem a tenha produzido, hoje consagrado no artigo 371 do CPC de 2015. À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo).

As regras gerais básicas sobre ônus da prova revelam que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 373, I do CPC) e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.

373, II do CPC). Fatos constitutivos são aqueles que se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo do direito.

O art. 374 do CPC enumera os casos que não dependem de prova que são os fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Por fim, importante é a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, §1º do CPC/2015. Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Não se trata, porém, de algo novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a técnica da inversão do ônus da prova já era prevista no CDC (Lei Federal nº 8.078/90, artigo 6º, inciso VIII), presentes os pressupostos legais, é clara aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Além das demandas envolvendo Direito do Consumidor, o STJ antes da entrada em vigor do atual CPC já tinha admitido a aplicação dessa teoria em outros casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor (cf. STJ, REsp 1.286.704/SP; REsp 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS; e RMS 27.358/RJ).

O como visto acima o CPC de 2015 mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto, *in verbis*:

> *"Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do* caput *ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar*

> *à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".*

Assim, o atual CPC permite expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz e ainda abre a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria. O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar do tema e positiva o entendimento pacificado no STJ de que o momento adequado para a redistribuição do ônus da prova é o saneamento do processo (CPC, art. 357, inciso III).

Além disso, o §2º do aludido artigo 373 do atual CPC dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar *"situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil"*. Em outras palavras, é dizer que, caso a prova seja *"diabólica"* para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

Por fim, cabe mencionar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes continua possível no atual CPC, com as mesmas exceções existentes no CPC de 73 (quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito – CPC, art. 333, parágrafo único e CPC/15, art. 373, §3º), podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (§4º).

Cabe ressaltar ainda que o deve nortear o juiz com relação à distribuição diversa do ônus da prova é a verificação de quem pode mais facilmente fazer a prova, cuidando, também, para que a inversão não torne a prova impossível, provocando um prejulgamento da causa.

PROPOSTA DE REDIMENSIONAMENTO DA TEORIA DA COGNIÇÃO

A respeito da *cognitio* no direito romano, Biondo Biondi[27] citado pelo Professor Kazuo Watanabe fornece as seguintes informações de relevo:

> *"a) O verbo cognoscere é certamente mais antigo que o substantivo cognitio, sendo relativamente recente o uso deste último em matéria jurídica; é*

> *a partir de Cícero que o verbo e o substantivo são usados com mais frequência nas fontes jurídicas; b) Cognitio e cognoscere indica fundamentalmente, "em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o acertamento dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir(...)"*

A respeito da cognição o consagrado Professor Kazuo Watanabe[28] leciona que:

> *"A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo."*

Chiovenda[29] ressalta bem o caráter lógico da cognição quando observa que,

> *"antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita."*

A respeito da cognição o Professor Kazuo Watanabe[30] ensina que:

> *"Duas conclusões básicas podem ser assim enunciadas: a) a cognição é antes de mais nada, um ângulo visual importantíssimo no plano teórico e em sua realização concreta; b) é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais".* O caráter prevalentemente lógico da cognição é também anotado por Liebman[31].

Procura-se reduzir a atividade do juiz, didaticamente, ao esquema de um silogismo, no qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão. A cognição abrangeria a premissa maior e a premissa menor, sendo assim um mecanismo preparador da conclusão última do juiz.

A operação lógica, do juiz, porém, é de ordinário bem mais complexa que esse esquema teórico, como observa Calamandrei[32]. O silogismo final, observa Liebman, é a síntese de outros numerosos silogismos, juízos de classificação e acertamentos de caráter histórico que o preparam, resolvendo pouco a pouco os vários pontos de fato e de direito relevantes para a causa. Em suas lições, traz uma observação bastante esclarecedora da atividade do juiz nessa fase preparatória da conclusão última, que é o provimento; essa atividade, diz ele:

> *"é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade."*[33]

Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procura os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão[34]. E nesse *iter*, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado por Eduardo Couture[35], segundo ele: *"El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia."*

Voltando para a doutrina nacional é essencial dizer que as noções acerca do conceito de cognição dos Professores Ovídio Baptista e Kazuo Watanabe, renomados Professores brasileiros que debruçaram-se sobre o tema, são distintas, enquanto Kazuo Watanabe, utiliza o termo cognição para designar processo como todo e não só como atividade do juiz, porém, em sua obra, utiliza também cognição para indicar a natureza da

atividade do órgão jurisdicional[36]. Assegura que a finalidade da cognição é a produção do resultado final da tutela jurisdicional: a decisão havendo um direito à cognição adequada[37].

Existindo o direito à cognição adequada, Watanabe remete à ideia de que nem sempre a cognição será exauriente, já que ela terá que se moldar ao direito da parte. Assim para garantir uma cognição adequada, ela deverá ser analisada sob dois aspectos, verdadeiras restrições ao emprego dela, quais sejam, os planos cognitivos horizontal e vertical. No primeiro, estão os limites objetivos ao conhecimento do magistrado; esse ficará restrito à análise das questões processuais, das condições da ação e do mérito. O sentido vertical se refere ao grau de profundidade; e é aqui que Watanabe divide a cognição em exauriente e sumária[38].

Ovídio Baptista, em contraponto a Kazuo Watanabe, afirma que a cognição pode ser incompleta pela superficialidade da análise jurisdicional, resultante de uma redução na área da cognição, havendo aqui um corte horizontal (o juiz poderá conhecer todas as matérias – não apenas as trazidas por Watanabe só que superficialmente), é o que ocorre numa liminar nas possessórias ou no mandado de segurança[39]. O corte vertical, por sua vez, impossibilita a análise de uma área completa de questões, como no processo cambiário[40].

Sendo assim, adotamos a posição do Professor Kazuo Watanabe, seguidos pelos modernos e renomados Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, com alguns temperamentos, visto que de certa forma a visão do Professor Ovídio, pode ser bem aproveitada se devidamente enquadrada no plano de cognição desenvolvido por Kazuo, isto posto tentaremos ainda inserir o fator temporal e espacial na cognição como veremos.

Após a leitura da genial obra do Professor Kazuo Watanabe, percebemos com o devido respeito e admiração pelo autor, que talvez fosse possível um estudo mais aprofundado que não condiz com o presente artigo, para uma tentativa de redimensionamento da Teoria da Cognição já magistralmente e cartesianamente exposta pelo mesmo, nós enxergamos a possibilidade de sugerir uma proposta de redimensionamento da teoria aplicando-se aos planos da cognição vertical e horizontal eixos X e Y – profundidade com que o juiz conhece todas as matérias (cognição exauriente que aprecia as questões de modo aprofundado e cognição sumária) e amplitude (extensão das matérias

cognoscíveis pelo juiz)[41] os eixos W e Z, inserindo assim o fator temporal e espacial para melhor análise das decisões e seus efeitos concretos no tempo e no espaço (reflexos da decisão no mundo fático) .

O fator temporal seria a cognição vista sob a ótica do tempo no processo civil, isto é, conhecer da matéria com profundidade e amplitude, levando-se em consideração o valor temporal de duração do processo, hoje tão em discussão com as ondas renovatórias do acesso à justiça de Mauro Cappelleti e Bryan Garth, nas lições de Paolo Comoglio, de um processo *"justo e équo"*, ou como nas palavras nacionais do próprio Professor Kazuo, na busca de uma "ordem jurídica justa", prevista na C.F. art, 5°, inc. LXXVIII: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" e,* encampada pelo CPC de 2015 na busca de um processo justo e em tempo razoável, na sua parte principiológica, nos artigos 4° e 6° respectivamente *("As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa" e "Todos os sujeitos do processo devem cooperar e para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"*). Agora nas tutelas de urgência que permitem uma redução do fator temporal do processo na busca de celeridade e eficácia do mesmo, influindo de maneira na cognição do magistrado que ao conhecer da matéria em profundidade e extensão, deverá conhecê-la levando em conta a temporalidade da medida, isto é, tendo em mente que através da valoração do conjunto probatório e as condições processuais, qual o momento adequado para que a decisão judicial possa se proferida para ser efetiva e justa, sem que a mesma seja demasiadamente profunda e demorada ou rápida e superficial demais.

A cognição sob o eixo espacial pode ser vista como os reflexos que uma decisão cognitiva tem no espaço ou no mundo fático, isto é os reflexos que a decisão pode ter na vida das partes e de terceiros, não envolvidos no processo, levando em conta desta forma o redimensionamento da cognição nos quatro planos ou eixos que são profundidade, amplitude, tempo e espacialidade (X,Y,W e Z). É o que a doutrina de Liebman já ensinava na sua clássica obra *Autoridade e eficácia da sentença*, em relação aos efeitos da coisa julgada sobre terceiros, ou a clássica abordagem sobre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Para uma melhor análise remetemos o leitor para um estudo mais aprofundado sobre a coisa julgada que pode ser encontrado em obras consagradas

como *Limites Subjetivos da Eficácia e da Sentença e da Coisa Julgada* do renomado Professor José Rogério Cruz e Tucci e *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada* da não menos renomada Professora Thereza Alvim.

Até que ponto esses efeitos devem e podem ser suportados por terceiros, para que se tenha uma decisão justa e eficaz, entre as partes, porém sem prejudicar terceiros como, por exemplo, uma determinação de guarda compartilhada que possa causar mais transtornos aos menores e parentes do que uma guarda convencional e vice e versa. Este é um ponto de vista que os modernos magistrados terão que enfrentar ao conhecer e decidir de matérias em juízo. Talvez aquele antigo brocardo que diz que o que não está nos autos não está no mundo, deva ser revisto, pois o processo faz parte do mundo, e suas decisões produzem efeitos para fora do processo. Naquele tempo não havia internet, facebook, processo eletrônico, enfim, era outra época e outros valores, alguns dogmas hão de serem revistos na busca da evolução do processo, haja a vista a evolução tecnológica e o dinamismo social que permeiam a sociedade contemporânea e são trazidas ao processo.

Hoje podemos falar em aplicativos de celular que podem desenvolver petições iniciais e contestações, com a simples exposição dos fatos por meio de seu usuário, pode-se falar em aplicativos de celular que redirecionam dados para tentar fazer acordo entre as partes litigantes de um processo como um sistema de leilão de propostas eletrônico. Em tempos atuais, tem-se ainda novidades tecnológicas como a impressora tridimensional, que pode até imprimir próteses humanas e quem sabe até poderá imprimir órgãos e tecidos humanos, audiência por videoconferência em tempo real, plenário virtual, leilão virtual, uma nova geração de juízes, promotores e advogados imergidas em *Iphones* e *smartphones*. Enfim o mundo evoluiu e o processo tente a acompanhar essa evolução, pois o processo nada mais é do que o reflexo das partes em juízo a ser valorada por um terceiro imparcial, e esse reflexo está mudando, este reflexo está num mundo digital e globalizado que o processo e as suas teorias tendem a absorvê-lo de uma forma ou de outra.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tema capital dentro da seara processual encontra-se no direito probatório, haja vista que qualquer decisão humana, qualquer que

seja o ambiente em que tenha sido proferida, é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias e é baseada em diversos elementos de prova.

O presente escrito teve por objetivo o estudo e a pesquisa científica através de diversos artigos, livros de consagrados professores acerca da Teoria Geral das Provas no processo civil. Analisamos ainda sucintamente o procedimento probatório e o ônus das provas.

Abordamos o tema da teoria da cognição que nada mais é do que a forma pelo qual o juiz conhece e examina o conjunto probatório nos autos para que mesmo possa proferir sua decisão. Partimos da premissa conceitual acerca do tema dos consagrados Professores Ovídio Baptista e Kazuo Watanabe, sendo que por questões didáticas optamos por seguir a concepção traçada pelo Professor Kazuo Watanabe que segundo o mesmo para garantir uma cognição adequada, ela deverá ser analisada sob dois aspectos, quais sejam, os planos cognitivos horizontal e vertical. No primeiro, estão os limites objetivos ao conhecimento do magistrado; esse ficará restrito à análise das questões processuais, das condições da ação e do mérito. O sentido vertical se refere ao grau de profundidade onde o Professor Watanabe divide a cognição em exauriente e sumária, na qual percebemos que o consagrado Professor aplica o plano cartesiano de René Descartes na teoria da cognição e no processo civil. Criado por René Descartes, o plano cartesiano consiste em dois eixos perpendiculares, sendo o horizontal chamado de eixo das abscissas e o vertical de eixo das ordenadas. O plano cartesiano foi desenvolvido pelo filósofo no intuito de localizar pontos num determinado espaço.

Por fim propomos um redimensionamento da teoria da cognição com a inclusão no plano cartesiano adotado pelo Professor Kazuo Watanabe dos fatores ou eixos (W e Z) espacial e temporal na análise cognitiva, haja vista que entendemos que os mesmos devem ser inseridos no processo de cognição do juiz vez que ao proferir uma decisão, além do conhecimento da matéria probatória, como proposto pelo Professor Kazuo Watanabe devem ser observados outros fatores. O fator temporal condiz com a cognição em razão do melhor momento a ser proferida a decisão para que ela seja justa e eficaz e não tardia e demasiadamente segura e nem tão célere e demasiadamente superficial. Ademais em razão do fator espacial deve ainda o magistrado conhecer e ponderar em sua decisão os possíveis fatores espaciais de justiça, isto é os reflexos e efeitos de sua

decisão no mundo fático, para que a mesma não prejudique terceiros ou reflitam injustamente em suas vidas, ou que causem uma situação pior da que foi objeto do próprio processo causando ainda mais transtornos às partes do processo.

___

GENERAL THEORY OF EVIDENCES AND THE RESIZING OF COGNITION

ABSTRACT: The object of this paper is to address one of the issues capillaries of civil procedure which is the General Theory of Evidence, which directly reflects the mechanisms of the search for a fair and effective process. So we set our simple search of elementary notions of the Evidence General Theory, seeking classic and contemporary doctrinal lessons, trying a little of its history, its concept and its importance to civil procedural science, then immediately carry on about the evidentiary procedure and the burden of proof, finally we enter the theory of cognition, analyzed by different prisms established by Professors Kazuo Watanabe and Ovid Baptista da Silva and propose a redefinition of it.

KEYWORDS: General Theory of Evidence. Probationary procedure. Burden of Proof. Theory of Cognition. Resizing.

Notas

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. *"por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos)"* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed. Vol. II, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, editora Malheiros , impresso em 8-2005, tradução da 4ª edição italiana do Manuale di Diritto Processuale Civile, Giufré, Milão, 1980.

2 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 3, ed. Saraiva, ano 2000, p. 187 a 187.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 385-389.

4 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 43-47.

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Conhecimento*. 4. ed. São Paulo, RT 2005, p. 461.

6 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 48.

7 Idem, pag. 52.
8 ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial.* cit., p. 688-689.
9 TARUFFO, Michele. Veritá e probalitá nella prova di fatti. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.
10 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 53-54.
11 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. cit. p. 60.
12 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 56.
13 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 371-372.
14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 58. Também assim, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1, p. 142-143.
15 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 373-374.
16 V. a vasta pesquisa e exposição de Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo pena*, Revista dos Tribunais, 1982.
17 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. Saraiva, 1989.
18 DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, pags. 81-82.
19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo". *Temas de Direito Processual* – nona série, cit., p. 66-67.
20 Nesse sentido Recurso Especial n. 651294/GO, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 738576/DF, no Recurso Especial n. 964649/RS.
21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – teoria geral do garantismo penal. Fauzi Choukr (trad.) São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.
22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.
23 Nesse contexto MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo, RT, 2009 p. 89-90.
24 DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 91.
25 BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4.
26 Em resumo segundo o Professor Vicente Greco Filho, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade. Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova e outro contraprova. Betti considerou que mesmo a colocação de Carnelutti é ambígua, concluindo que o ônus da afirmação, decorrente de pedido ou da exceção, é que gera ônus da prova, em virtude da igualdade das partes. O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e consequentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprová-los, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a consequência jurídica pretendida pelo autor. Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente aos efeitos jurídicos que pretende conseguir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. A grande contribuição

de Micheli, contudo foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. vol. 3, ed. Saraiva, ano 2000, p. 185 a 186).

27 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. pag. 53; BIONDI, Biondo. *Summatim cognoscere*. Scritti giuridici. V. II, UTET, 1965 e Verbete Cognitio. Novissimo Digesto italiano.

28 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 58-59.

29 Instituições de Direito Processual Civil, v. III, §450, p. 4.

30 Idem, p. 147.

31 *Execução e ação executiva*, Estudos sobre processo civil brasileiro, com notas de Ada Pelegrini Grinover, p. 43.

32 La génesis lógica de la sentencia civil, Estudios sobre el processo civil, n. 3285, p. 416; cf. tb., Rogério Lauria Tucci, *Curso de Direito Processual* – Processo civil de conhecimento II, pp. 18-21; Adroaldo Furtado Fabrício, *Ação Declaratória*, p. 13.

33 *Manual de direito processual civil*, Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. 4 ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

34 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*, p. 129; TARUFFO, Michele. *La motivazione dela sentenza civile*, p. 57.

35 *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 182, pp. 288-289

36 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 40

37 Idem, p. 46.

38 Idem ibidem, p. 83.

39 SILVA, Ovídio Baptista da. *O Contraditório nas Ações Sumárias*. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254-255.

40 SILVA, Ovídio Baptista da, op. Ult. Cit., p. 54.

41 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 21.

REFERÊNCIAS

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pag. 385-389.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, editora JusPodivm, p. 43-47.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – teoria geral do garantismo penal. Fauzi Choukr (trad.) São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* Vol. 3, Saraiva, ano 2000, p. 7-13.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. II, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, editora Malheiros, impresso em 8-2005, tradução da 4. ed. italiana do Manuale di Diritto Processuale Civile, Giufré, Milão, 1980.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de conhecimento*. 4. ed. São Paulo, RT 2005, p. 461.
MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo, RT, 2009 p. 89-90.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* Vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 371-372.
SILVA, Ovídio Baptista da. *O Contraditório nas Ações Sumárias*. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
TARUFFO, Michele. Veritá e probalitá nella prova di fatti. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.
WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil.
YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit. p. 60.

INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA: CERCEAMENTO (I)LEGAL DA LIBERDADE *VERSUS* MEDIDA DE PROTEÇÃO SOCIAL

Jéssica de Jesus Almeida*

RESUMO: A Internação Psiquiátrica compulsória consiste em um procedimento terapêutico realizado através da submissão de pacientes a tratamento psiquiátrico involuntário. Ademais, detendo o condão de restringir a liberdade individual, possui caráter excepcional, prescindindo, mormente, de autorização judicial. O presente estudo objetivou analisar a internação psiquiátrica compulsória como forma de tratamento a ser aplicada a adolescentes acometidos por transtornos mentais e que perpetram, durante a menoridade, atos infracionais equiparados a infrações penais, pretendendo-se, dessa forma, ofertar adequado tratamento da saúde (física e mental) dos referidos jovens, ao mesmo tempo em que se confere proteção à sociedade civil. O levantamento de informações foi realizado mediante pesquisas bibliográficas e documentais, através do emprego do método dedutivo, com caráter qualitativo, e à luz de ditames principiológicos, realizando-se, ainda, abordagem jurisprudencial como forma de demonstrar a aplicação prática da temática em voga.

PALAVRAS-CHAVE: Internação psiquiátrica compulsória. Adolescentes em conflito com a lei. Atos infracionais. Tratamento à saúde. Proteção social.

1 INTRODUÇÃO

A Internação Psiquiátrica consiste no recolhimento de paciente acometido por transtornos mentais a clínicas médicas e fundamenta-se na necessidade de conferir tratamento especializado a patologias psíquicas.

* Advogada (OAB/SE), pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal (Estácio/Fase) e em Direito Penal Econômico (IBCCRIM/Coimbra), graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit). Endereço eletrônico: jessicalmeida@hotmail.com.br.

Entretanto, este procedimento médico é alvo de fortes críticas, mormente através dos integrantes dos grupos antimanicomiais (ABDALLA FILHO, 2013).

Ademais, nos termos da Lei nº 10.216/2001, a internação psiquiátrica possui três modalidades, quais sejam: a internação voluntária, involuntária e a compulsória.

Trazendo a temática para a seara jurisdicional, o objetivo do presente estudo consiste em analisar os institutos da internação psiquiátrica compulsória sob a perspectiva de eventual medida protetiva a ser aplicada quando da interdição civil de jovens infratores.

Isso porque, diante o atual cenário jurídico e social, em que a maioridade penal se tornou a pauta de discussões de grande parte dos grupos sociocomunitários, mostra-se imprescindível investigar espécies de tratamento a serem aplicadas a jovens acometidos por transtornos mentais que perpetram, ainda durante a menoridade, atos infracionais equiparados a infrações penais.

Busca-se, aqui, esclarecer de forma simples e didática institutos que, apesar de essenciais, são tão pouco conhecidos socialmente.

A importância se revela através da possibilidade de, a partir deles, propiciar tratamento da saúde (física e mental) de jovens acometidos por transtornos mentais, ao mesmo tempo em que se confere proteção à sociedade civil.

Serão realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com caráter qualitativo e natureza exploratória. Utilizar-se-á, ainda, a técnica da análise de conteúdo para verificação dos dados coletados.

A estrutura textual contempla Introdução e Desenvolvimento, esse último dividido em três pontos, quais sejam: "Aspectos históricos da Internação Compulsória", "Breves notas acerca da Lei nº 10.216/2001", e "Interdição Civil cumulada com a decretação de Internação Psiquiátrica Compulsória".

Ainda na estrutura textual foram apresentadas Considerações Finais.

Por fim, cumpre destacar que a internação psiquiátrica compulsória será analisada à luz da dignidade da pessoa humana, postulado basilar da ordem jurídica interna e externa.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

É cediço que a formação da sociedade e o desenvolvimento social, sob

os contornos modernos, foi marcado por conflitos entre grupos sociais e pela segregação humana, seja por critérios de sexo, cor, idade, etnia, religião ou por tantos outros motivos vis.

Ocorre que, aquilo que modernamente se entende como mistificação e/ou critérios de segregação preconceituosos e inaceitáveis, foram traços comuns na história da humanidade.

Sob esta perspectiva, a Internação Compulsória foi utilizada, desde a Idade Média, como mecanismo de segregação da parcela da população vista como "estorvo" às pretensões e padrões sociais.

De acordo com Foucault (2004), o Período Medieval foi marcado pelos "leprosários", estabelecimentos nos quais pessoas portadoras da patologia vulgarmente denominada de "lepra" eram internadas e abandonadas.

Ademais, diante do desaparecimento da "lepra", no final da Idade Média, passou-se a segregar pacientes acometidos por doenças sexualmente transmissíveis.

Cumpre destacar que ambas as medidas não tinham caráter curativo, mas, tão somente, visavam o isolamento daqueles indivíduos como forma de evitar o contágio dos demais grupos sociais.

Ocorre que, contrariamente do que houve com os leprosos, os portadores de DST's não se conformaram com a segregação pura e simples, passando, em dado momento da história, a exigir acompanhamento e tratamento médico-hospitalar em áreas externas aos leprosários (FRANÇA, 2012).

Diante disso, a segregação social assumiu novos contornos na idade clássica, deixando de ser mero isolamento físico para assumir os contornos de segregação moral (FOUCAULT, 2004).

Isso porque, apesar da superação dos limites físicos, os indivíduos historicamente afastados do seio sociocomunitário continuaram a ser vistos como um "mal social", os quais não deveriam (e não podiam) coabitar os mesmos espaços socioambientais.

A segregação moral, então, era vista como algo natural, mormente em razão do tratamento isolante comumente conferido.

Ainda neste contexto histórico, já por volta do século XVII, surgiu um novo estigma para a sociedade clássica: a loucura.

> Mas, nessa época, a loucura não é tratada como doença (...) uma vez que a internação dos loucos não está relacionada a questões de saúde e sim a

> questões econômicas e jurídicas. Assim, o louco era internado juntamente com outras pessoas, tais como: desempregados, vadios, libertinos, prostitutas, outros doentes, pobres e etc. Essas pessoas eram vistas como aquelas que de alguma forma poderiam prejudicar os avanços econômicos da Europa século XVIII. (...) as internações dessas pessoas sofre um considerável aumento em épocas de crises (FRANÇA, 2012, p. 12).

De mais a mais, por volta do século XIX houve a dissociação da doença mental das demais patologias, surgindo, daí, tratamentos médicos especializados através da psiquiatria, dos centros de internação e, principalmente, dos manicômios.

Assim, podemos aduzir que a criação de manicômios consistiu, em verdade, na fundação de novas instituições de isolamento social, as quais assumiram a roupagem de nosocômios para tratamento psiquiátrico, cujo acolhimento ocorreria mediante internação compulsória.

Ainda acerca destes aspectos históricos, cumpre destacar que a França foi o Estado pioneiro em regulamentar a temática em âmbito legislativo.

Isso porque, em 1838, o Governo Francês aprovou a primeira legislação regulamentadora da internação psiquiátrica e dos cuidados dispensados aos pacientes acometidos por doenças mentais.

Tal norma constituiu, ainda, o principal mecanismo influenciador do desenvolvimento da psiquiatria moderna e do regime jurídico sobre a matéria no mundo ocidental (BRITO, 2004).

De mais a mais, no Brasil a Internação Compulsória seguiu o modelo europeu, adotando-se, inclusive, o ciclo sequencial de pacientes que deveriam ser submetidos a esta medida: leprosos, portadores de doenças venéreas e loucos.

Ademais, com forte influência francesa, foi editado no Brasil, no ano de 1903, o Decreto nº 1.132. Este Decreto consistiu, em verdade, na primeira legislação nacional a regulamentar a internação compulsória.

A referida norma era composta por vinte e três artigos que tratavam, em suma: dos motivos e procedimentos para internação; dos bens dos pacientes; da alta médica; da proibição de mantê-los em cadeias públicas; da inspeção dos estabelecimentos de internação ("asilos"); do custeio do tratamento dos pacientes (diárias); dos trabalhadores do

Hospício Nacional e das colônias de alienados; das penalidades pelo descumprimento da lei (BRASIL, Decreto nº 1.132/1903).

Ademais, acerca do Decreto nº 1.132/1903, cumpre salientar as valiosas lições de Genival Luiz de França sobre a matéria (p. 14/15):

> Em seu artigo 1º, o decreto autorizava o poder público a recolher as pessoas e depois de internadas é que eram verificas suas condições de saúde. A saúde e bem-estar dos doentes eram ficados em segundo plano. O laudo médico era irrelevante para a internação, que ocorria sempre sem a confirmação dos profissionais. O médico, posteriormente à internação emitia um laudo somente para se verificar o grau da loucura, tendo assim, o laudo médico papel secundário na internação. O poder público, por meio de requisição, ou qualquer pessoa particular, por meio de requerimento, poderiam solicitar a internação do doente, e o decreto não estabelecia grau de parentesco para o particular em relação ao doente, tornando qualquer pessoa apta a requerer a internação, bastando que o alienado fosse considerado como risco para a ordem pública. Para o término da internação não havia a previsão de participação do doente. A internação teria fim quando houvesse o pedido de quem foi o responsável pelo recolhimento e mais uma vez, deveria ser verificado que o doente não poderia causar risco para a sociedade.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 891/1938, o qual passou a autorizar a internação compulsória dos dependentes químicos.

Contudo, em razão da ausência de regulamentação quanto ao procedimento a ser adotado, continuou aplicando-se àquele reservado ao doente mental, isto é, o procedimento disposto no Decreto nº 1.132/1903 (FRANÇA, 2012).

Modernamente, já nos anos 2000, foi editada a Lei 10.216/2001, a qual "dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental".

A nova legislação estabeleceu verdadeiras inovações em relação ao tratamento do doente mental, sendo, inclusive, considerada revolucionária em termos de procedimentos psiquiátricos.

3 BREVES NOTAS ACERCA DA LEI Nº 10.216/2001

A Lei nº 10.216/2001, também chamada de "Reforma Psiquiátrica brasileira", resultou do Projeto nº 3.653 de 1989, de lavra do Deputado Federal Paulo Delgado.

O projeto pretendia, precipuamente, deter a expansão desenfreada da criação de leitos manicomiais pelo ramo empresário nacional, com a finalidade de que, dessa forma, houvesse a extinção gradativa daquelas instituições.

Isso porque, com o declínio da era militar, em meados da década de 70 e 80, foram amplamente divulgados pela mídia nacional as degradantes condições a que eram submetidas os pacientes internados nos manicômios brasileiros. Vejamos:

> Corpos nus, estendidos no chão frio de cimento. Amontoados. Rostos descarnados, envelhecidos, embotados. Olhares vazios. Memórias e consciências ausentes, perdidas em algum recanto obscuro da mente. Restos humanos. Apenas vestígios. As imagens chocantes de pacientes psiquiátricos flagrados em pleno abandono nos pavilhões, corredores e quartos de manicômios brasileiros estarreceram o país nas décadas de 70 e 80, quando a imprensa começou a revelar a barbaridade por trás dos muros daquelas solenes e venerandas instituições. Um escândalo. Corpos e almas mutilados por um "tratamento" baseado na corrupção violenta da afetividade, da personalidade, da identidade e da saúde física dos internos. Lobotomia, choques elétricos, espancamentos, sedação, camisas de força, overdose de antipsicotrópicos de efeitos irreversíveis, encarceramento, abusos. O horror, comparável, mantidas as proporções, a um cenário de holocausto, denunciou a verdade sobre os

> "campos de concentração" brasileiros, como bem definiu Austregésilo Carrano, uma de suas vítimas, que relatou sua tragédia pessoal em "Canto dos malditos". E havia mais: as internações silenciosas, noturnas, verdadeiros sequestros que confinavam os indesejados, os inconvenientes, os diferentes, os miseráveis, sem qualquer direito de defesa. Uma vez no interior das muralhas, vidas esquecidas, desprezadas. Nenhuma esperança. Única saída: a morte (DELGADO, 2001, p. 01).

Ademais, com as mobilizações sociais pós-ditadura militar, surgiram importantes grupos na sociedade a fim de lutar em favor da mudança dos tratamentos psiquiátricos aos quais eram submetidas às pessoas acometidas por doenças mentais.

Ocorre que, atrelando-se muito mais aos interesses das oligarquias políticas do que à saúde mental, o projeto que resultou na Lei nº 10.216/2001 sofreu demasiadas alterações legislativas, ainda quando da tramitação no Congresso Nacional.

Prova disso é que o projeto apresentado no ano de 1989 somente fora aprovado em meados do ano de 2001. Dá-se, assim, para imaginar as longas e calorosas discussões em torno da temática.

Neste mesmo sentido, BRITO (2004, p. 46 e 92) leciona que:

> Inicialmente, as ações do movimento concentraram-se na exposição da realidade asilar através das denúncias para que a sociedade tomasse conhecimento deste fato e (...) lutar para alterar a realidade psiquiátrica. A princípio, tais mudanças eram buscadas por meio de duas fontes: inverter a política privatizante de saúde mental e constituir uma rede de serviços extra-hospitalares.
> (...)
> O movimento social para a aprovação da lei da Reforma Psiquiátrica, de acordo com o projeto do deputado Paulo Delgado, tinha como objetivo central a extinção progressiva dos manicômios, entendidos como instituições de internação psiquiátrica especializada. No entanto, no decorrer do processo, as negociações legislativas juntamente

> com o jogo de interesses e as forças políticas acabaram fazendo com que houvesse mudanças fundamentais no texto final da lei. A principal mudança diz respeito ao ponto central do PL, a extinção dos manicômios que não foi mencionada no substitutivo do Senador Sebastião Rocha.

Cumpre destacar, entretanto, que mesmo distante da utopia pensada por Paulo Delgado, elaborador do projeto da Lei nº 10.216/2001, esta legislação confere tratamento mais digno às pessoas submetidas a tratamento psiquiátrico.

Podemos aduzir, outrossim, que a nova legislação brasileira busca proteger o postulado maior do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Isso porque, "(...) reconhecer a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado de Direito, que é a base do Estado brasileiro, conforme consta do inciso III do art. 1º da Carta Magna, é proporcionar a plenitude da vida (...)" (FERRO, 2012, p. 01).

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, insta salientar que, nas palavras de PIOVESÃ (2000, p. 54): "*É no* valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido (...). Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno".

Partindo desta perspectiva, podemos afirmar que a lei atualmente em vigor disciplina a internação psiquiátrica com mais humanidade, estabelecendo, inclusive, aspectos pormenorizados sobre o tratamento a ser conferido aos doentes mentais.

3.1 TIPOS DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA À LUZ DA LEI Nº 10.216/2001

A Lei nº 10.216/2001 se destaca entre todas as normas jurídicas que regeram, anteriormente, a temática da internação compulsória no ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente em razão de esta elencar, expressamente, uma série de direitos e garantias fundamentais às pessoas portadoras de transtornos mentais.

Ademais, como já fora ressaltado, a legislação em vigor disciplina as

modalidades e as hipóteses em que ocorrerá a internação psiquiátrica. *In verbis:*

> Art. 6º: A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
> Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
> I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
> II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
> III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça (BRASIL, Lei nº 10.216/2001).

Diante do trecho legislativo acima transcrito, denota-se que no Brasil existem três modalidades de internação psiquiátrica, quais sejam: a internação voluntária, involuntária e a compulsória.

Ocorre que, no presente momento, nos ateremos a breve análise da internação compulsória, que, nos termos da lei, consiste na internação "determinada pela justiça" (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 6º, inciso III).

Realizando-se, ainda, uma análise normativa, cumpre destacar que o artigo 9º da supracitada lei dispõe que "A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários" (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 9º).

Em breve síntese: a internação compulsória será determinada pelo Poder Judiciário, diante da avaliação e elaboração de laudo psiquiátrico circunstanciado e ocorrerá, tão somente, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes para fins de tratamento psiquiátrico (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 4º).

De mais a mais, importante salientar que, ao passo em que ocorreu a evolução legislativa pátria, houve, em contrapartida (e de forma mais acentuada), a evolução dos problemas sociais.

Modernamente, a internação compulsória assumiu novas perspectivas, consistindo, inclusive, em mecanismo comumente utilizado

para o tratamento de usuários de entorpecentes e de substâncias psicoativas em geral.

Neste estreito, vejamos as valiosas lições de FERREIRA (2012, p. 01):

> A dependência química é uma doença crônica classificada pela Organização Mundial de Saúde cujos sintomas compulsivos reaparecem. Por isso, o dependente não deve ser tratado como um marginal, mas como um doente que precisa de tratamento. Em geral, a decisão inicial de usar drogas é voluntária. No entanto, a dependência pode se estabelecer e, nesse momento, a capacidade de exercer autocontrole pode ficar seriamente comprometida. Nesse caso, sair das drogas deixa de ser um ato de vontade. Estudos de imagens do cérebro de dependentes químicos mostram mudanças físicas em áreas do cérebro críticas para julgamento, tomada de decisão, aprendizagem, memória e controle do comportamento. Acredita-se que essas mudanças alteram o funcionamento do cérebro, explicando, pois, os comportamentos compulsivos e destrutivos do dependente. Por isso, a dependência é considerada uma doença mental. Se o dependente químico é um doente mental que não possui critério para decidir por si próprio porque não possui autocontrole, é preciso que alguém decida por ele. Isso dito, é preciso que existam mecanismos de internação compulsória. Não bastam ações que mais parecem o jogo de "gato e rato" ou afirmar que há uma boa infraestrutura de assistência hospitalar à disposição daquele que quer largar as drogas. Não se trata de uma decisão de vontade. (...). Um dependente em surto coloca em risco sua família e si próprio. Os mecanismos de internação compulsória adotados, atualmente, interferem na agilização que a situação exige. Sem eles, não é possível enfrentar o problema da cracolândia. (...). Como é possível enfrentar esse problema sem uma infraestrutura que de suporte aos encaminhamentos? Na verdade, muitos médicos e hospitais sequer sabem como proceder

> diante da situação e não atendem o paciente como um doente, mas como um marginal. O usuário é estigmatizado (...). Não se trata apenas de um problema de segurança, mas também de saúde pública. Aceitem ou não é uma doença que precisa de tratamento especializado. Às autoridades faltam compaixão e bom senso.

Como visto, a internação compulsória consiste em um importante instituto à disposição das autoridades públicas em geral para o combate da alarmante (e cada vez mais crescente) dependência química que assola a sociedade moderna.

Outrossim, prova de que o uso de substâncias entorpecentes consiste em uma grave patologia, o uso de drogas, tipificado ao teor do artigo 28 da Lei nº 11.346/2006, se encontra, atualmente, em vias de descriminalização.

Isso porque, adotando-se a premissa de que o direito penal não pode punir a autolesão, postulado corolário do Princípio da Intervenção Mínima (CUNHA, 2015), a legislação prevê, atualmente, para o usuário de drogas sansões de caráter educativo e curativo. *Ipsis literis*:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
> (...)
> § 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
> § 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
> § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais,

> estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
> (...)
> § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, Lei nº 11.343/2006).

Diante do exposto, é notório que a figura do usuário de drogas assumiu, modernamente, contornos patológicos, os quais necessitam da atenção estatal e do desprendimento de políticas públicas especializadas.

Trata-se, pois, de uma questão de saúde e de segurança pública.

Ademais, no tocante à segurança pública, a internação compulsória, atualmente, vem sendo utilizada para a internação de jovens infratores após o escoamento dos prazos máximos para cumprimento de medidas socioeducativas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujas demandas são manejadas mediante o ajuizamento de ações de Interdição Civil cumuladas com o pedido de Internação Compulsória.

4 INTERDIÇÃO CIVIL CUMULADA COM A DECRETAÇÃO DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA

Conforme outrora exposto, a internação psiquiátrica compulsória assumiu novos contornos na sociedade contemporânea, mas, sobretudo, consiste em uma medida de *ultima ratio* para fins de tratamentos de pessoas portadoras de transtornos mentais.

Ocorre que, segundo já fora brevemente demonstrado, a internação compulsória também constituiu um importante mecanismo terapêutico na luta e combate contra a dependência de substâncias psicotrópicas.

Isso porque, o uso de entorpecentes é tido, atualmente, como uma questão de saúde e de segurança pública.

Ademais, em relação à preservação da segurança pública e da saúde mental dos pacientes acometidos por problemas mentais, o ordenamento jurídico brasileiro vem enxergando a internação compulsória como mecanismo hábil para o tratamento de jovens infratores após o término

do período de internação socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

> A finalidade da internação tem como principais objetivos o tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais, buscando possibilitar as condições para sua reintegração social. É uma medida de caráter extremo, somente devendo ser utilizada durante o período que se mostrar necessária e quando os demais recursos restarem ineficientes às necessidades terapêuticas do paciente.
> Deve haver observância de requisitos para a efetivação da internação, os quais se constituem em garantias conferidas aos portadores de transtornos mentais, com fins de evitar internações indevidas ou seu prolongamento necessário.
> (...) restando demonstrado por laudo médico especializado que o paciente é possuidor de transtorno mental e que pode vir a ocasionar riscos não somente para si, mas também para terceiros, mostra-se cabível o internamento, sem que se faça necessário, a depender do caso, o uso anterior de recursos terapêuticos extras-hospitalares (MONTEIRO e MONTEIRO, 2014, p. 01).

Como visto, a internação compulsória de jovens infratores deve seguir os mesmos parâmetros legais estabelecidos pela Lei nº 10.216/2001.

Frise-se, ainda, que esta modalidade de internação deve ser manejada mediante Ação de Interdição Civil cumulada com pedido de Interdição Psiquiátrica Compulsória.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a Interdição Civil sofreu relevantes alterações, conferindo, sobretudo, dada autônoma e respeito às condições pessoais do interditando (BRASIL, Lei nº 13.105/2015, artigo 747 e seguintes).

Contudo, estas disposições não desnaturam o procedimento regido pela Lei nº 10.216/2001 para a internação compulsória.

Em verdade, ambas as legislações se complementam e são extremamente criteriosas quanto ao estabelecimento dos requisitos

necessários para a decretação da interdição civil e da internação compulsória, uma vez que se tratam de medidas extremas.

Frise-se, inclusive, que, assim como para a internação compulsória, o Novo Código de Processo Civil passou a exigir relatórios médicos especializados para a decretação da interdição do incapaz, os quais devem demonstrar a indispensabilidade da medida e a especificação dos atos para os quais será necessária a curatela (artigos 750 e 753, §§ 1º e 2º, do NCPC).

De mais a mais, apesar da clareza normativa, a temática da internação compulsória de jovens infratores não se revela tão pacífica na doutrina pátria.

A corrente extremista defende, inclusive, que a medida consiste em um verdadeiro "Direito Penal do Inimigo Juvenil" (RAMIDOFF, 2014).

Entretanto, instado a apreciar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legalidade da internação psiquiátrica compulsória decretada após o cumprimento de medidas socioeducativas.

Cumpre destacar que a temática foi debatida no Habeas Corpus nº 130.155/SP, de relatoria do DD. Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ/SP.

Naquela ocasião, a Corte do STJ posicionou-se no sentido de que a internação compulsória consiste na última medida a ser adotada na realização do tratamento psiquiátrico, como defesa do internado e, secundariamente, da sociedade.

Todavia, a decretação da internação se dará mediante a indispensável observância da apresentação de laudo médico circunstanciado, comprobatório de sua necessidade.

O voto do Ministro Relator Limongi destacou, ainda, que, no caso sob análise no HC nº 130.155/SP, o paciente tinha "histórico de agressividade, com maldade acima do comum" e, ainda, "a existência de graves transtornos de personalidade a colocar em risco não só a integridade física de terceiros como a sua própria".

Isto é, a Excelsa Corte reconheceu não só o direito indisponível à saúde (física e mental) do paciente submetido à medida, mas, em última análise, buscou resguardar à sociedade (HC nº 130.155/SP, Relator Ministro Celso Limongi, DJe 14/04/2010).

Ressalte-se, outrossim, que as demais Turmas do Superior Tribunal de Justiça vem seguindo o entendimento acima exposto, conforme infere-se dos julgamentos dos Habeas Corpus nº 135.271-SP (STJ, 3ª Turma,

Rel. Min. Sidnei Beneti) e nº 169.172-SP (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

Por fim, quem não se recorda do emblemático *case* envolvendo o, então menor, vulgarmente conhecido como "Champinha"?

O jovem infrator perpetrou atos infracionais de extrema gravidade (análogos aos crimes de roubo, estupro, homicídio, etc.), os quais deixaram o país em um verdadeiro estado de choque.

O menor infrator, que, à época dos fatos, tinha apenas 16 anos de idade, foi acolhido em uma instituição de execução de medidas socioeducativas do Estado de São Paulo, local em que permaneceria aguardando o término da medida que a ele fora imposta.

Ocorre que, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas pelo prazo máximo de 03 (três) anos ou até que o adolescente em conflito com a lei complete 21 (vinte e um) anos de idade (BRASIL, Lei nº 8.069/1990, artigo 121, §§ 3º e 5º).

Diante disso, a sociedade civil se perguntava "O que fazer com Champinha"?

A solução foi alcançada mediante a decretação da sua Interdição Civil cumulada com pedido de Internação Psiquiátrica Compulsória pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

> A decisão (...) foi embasada por um laudo psiquiátrico que diagnosticou o menor com transtorno de personalidade antissocial, termo médico para definir os psicopatas, e leve retardo mental. De acordo com os médicos que o acompanham, a mistura dessas duas doenças fazem dele um indivíduo sem sentimento de culpa, sem respeito a leis nem às regras sociais, predisposto a se envolver em atos violentos e extremamente impulsivo. Ao longo desses dez anos, o quadro de Champinha manteve-se inalterado. Ele é descrito nos laudos médicos como uma pessoa quieta, que vive em um ambiente restrito, de convívio controlado com outros internos por estar jurado de morte. Mantém contatos esporádicos com a mãe, que o visita periodicamente (...) (ZYLBERKAN, 2013, p. 01).

Saliente-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto a esta demanda, firmando entendimento de que a internação de "Champinha" não constitui constrangimento ilegal (HC nº 169.172-SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, intitulado de "Internação Psiquiátrica Compulsória à Luz da Dignidade da Pessoa Humana: cerceamento da liberdade *versus* medida de proteção social" objetivou analisar os institutos jurídicos da Internação Psiquiátrica Compulsória e da Interdição Civil dos jovens infratores após o escoamento do prazo de cumprimento das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Concluídas as pesquisas, e, após a breve análise dos supracitados institutos, verificou-se que a Internação Psiquiátrica Compulsória constitui um meio capaz de propiciar um tratamento adequado àqueles que foram acometidos por doenças mentais, sejam estas decorrentes de fatores internos ou externos (substâncias psicotrópicas).

Importante salientar, ainda, que a referida internação reveste-se de caráter extremo, isto é, apenas será aplicada em *ultima ratio,* mediante a estrita observância das diretrizes estabelecidas na Lei nº 10.216/2001.

De mais a mais, em tempos de reiterados debates e manifestações a respeito da redução da maioridade penal, a temática assume extrema relevância.

Isso porque, é possível que se proponha uma solução no tocante ao tratamento a ser conferido aos jovens portadores de problemas mentais que perpetram atos infracionais, revestidos de extrema gravidade, e que, após o término do prazo para o cumprimento das medidas socioeducativas previstas no ECA, deveriam ser postos nas ruas totalmente desprotegidos.

Conclui-se, por conseguinte, que a Internação Psiquiátrica Compulsória reveste-se de caráter protetivo ao direito indisponível à saúde (física e mental) dos pacientes a ela submetidos.

Considerando, outrossim, os ditames da Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador e basilar do ordenamento jurídico interno e externo, podemos aduzir que a criação de meios protetivos e a concessão de tratamentos psiquiátricos eficazes para os portadores de transtornos mentais, consistem em desdobramentos axiológicos desse

"superprincípio".

De mais a mais, seria antagônico consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como princípio ordenador do ordenamento pátrio e, ao mesmo tempo, não criar mecanismos efetivos para o tratamento psicossocial destes jovens.

Entretanto, como última análise, pode-se também aduzir que tal instituto resguarda, de certa maneira, à sociedade civil, uma vez que esta não estará exposta ao convívio social com um indivíduo que necessita de tratamentos e cuidados psiquiátricos especializados, os quais evitarão, inclusive, que ele volte a delinquir.

___

COMPULSORY PSYCHIATRIC INTERVENTION: (I) LEGAL CERTIFICATION OF FREEDOM VERSUS SOCIAL PROTECTION MEASURE

ABSTRACT: Compulsory Psychiatric Hospitalization consists of a therapeutic procedure performed through the submission of patients to involuntary psychiatric treatment. In addition, having the condemn of restricting the individual freedom, it has exceptional character, dispensing, mainly, of judicial authorization. The present study aimed to analyze compulsory psychiatric hospitalization as a form of treatment to be applied to adolescents affected by mental disorders and who, during the minority, perpetrate infractions of the criminal law, thus attempting to provide adequate health care (Physical and mental) of these young people, while granting protection to civil society. The collection of information was carried out through bibliographical and documentary research, through the use of the deductive method, with qualitative character, and in the light of principiological dictates, being also carried out, jurisprudential approach as a way to demonstrate the practical application of the topic in vogue.

KEYWORDS: Compulsory psychiatric hospitalization. Adolescents in conflict with the law. Infractions. Health treatment. Protection.

REFERÊNCIAS

_____. *Superior Tribunal de Justiça. HC nº 13.0155/SP*. Relator: Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/

SP). DJe 14/04/2010. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9173292/habeas-corpus-hc-130155>. Acesso em 25 Jun. 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. HC nº 13.5271/SP.* Relator: Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma. DJe 04/02/2014. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870498/habeas-corpus-hc-135271-sp-2009-0082035-2-stj>. Acesso em 25 Jun. 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. HC nº 16.9172/SP.* Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 05/02/2014. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876561/habeas-corpus-hc-169172-sp-2010-0067246-5-stj>. Acesso em 25 Jun. 2016.

ABDALLA-FILHO, Elias. *Boletim Científico Saúde Mental em Foco.* Edição nº 10. Disponível em <http://www.abpbrasil.org.br/boletim/exibBoletim/?bol_id=10&boltex_id=40>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.* Vade Mecum: Edição Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Decreto nº 1.132 de 22 de dezembro de 1903. Reorganiza a Assistência a Alienados.* Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em 23 Jun. 2016.

BRASIL, *Lei nº 11.346 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.* Vade Mecum: Edição Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRITTO, Renata Corrêa. *A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental.* Rio de Janeiro: s.n., 2004.
CUNHA, Rogério Sanches. *Execução Penal para Concursos.* Salvador: Juspodivm, 2015.
DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Abaixo a Barbárie*. Disponível em <http://www.paulodelgado.com.br/ revista-cidadania/abaixo-a-barbarie/>. Acesso em 05 Jul. 2016.
FERREIRA, Beatriz Silva. *Porque a Internação Compulsória do Dependente Químico é necessária.* Disponível em < http://blogln.ning.com/forum/topics/porque-a-interna-o-compulsoria-de-dependente-de-crack-necess-ria>. Acesso em 25 Jun. 2016.
FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. *Direitos Dos Usuários No Ambiente Do Transporte Coletivo.* 2012. Disponível em <http://psa.unit.br/wp-content/uploads/2013/07/DISSERTA%C3%87%C3%83O-SANDRA-REGINA-FERRO.pdf>. Acesso em 25 Jun. 2016.
FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica.* 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
FRANÇA, Genival Luiz de. *Internação Compulsória Do Dependente Químico*: Violação Do Direito De Liberdade Ou Proteção Do Direito À Vida? Faculdades Integradas "Antonio Eufrasio De Toledo". Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3066/2828>. Acesso em 05 Jul. 2016.
MONTEIRO, Fábio de Holanda Monteiro; e MONTEIRO, Elizabeth Soares Oliveira de Holanda. *A Internação Psiquiátrica Compulsória e a Atuação do Superior Tribunal de Justiça.* Disponível em < http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6760-a-internacao-psiquiatrica-compulsoria-e-a-atuacao-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em 25 Jun. 2016.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacioal.* 4. ed. São Paulo: Editora MaxLimonad, 2000.
RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito Penal do Inimigo juvenil*: interdição e internação compulsória. Disponível em <http://nanabritomorais.jusbrasil.com.br/artigos/114666279/direito-penal-do-inimigo-juvenil-

interdicao-e-internacao-compulsoria?ref=topic_feed>. Acesso em 05 Jul. 2016.
ZYLBERKAN, Mariana. *Dez anos depois, o que fazer com Champinha?* Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/dez-anos-depois-o-que-fazer-com-champinha/>. Acesso em 25 Jun. 2016.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF): HIPÓTESES DE CABIMENTO E DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Lorena Machado Leite[*]
Célio Rodrigues da Cruz[**]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo retratar um tema relevante para a garantia dos preceitos fundamentais, além de discutir juridicamente uma ação que passou a ser bastante ajuizada nos últimos tempos: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Esta importante ação constitucional encontra previsão no §1º, do art. 102, da Constituição da República (CRFB/88) e na legislação ordinária, com a Lei 9.882/99. Inicialmente, serão tratados alguns aspectos do controle de constitucionalidade com um panorama atual da atuação do Supremo Tribunal Federal. Mais tarde, através da legislação, doutrina e jurisprudência, serão demonstradas as particularidades, tais como: as modalidades e as hipóteses de cabimento dessa ação, o estudo do princípio da subsidiariedade, bem como as repercussões jurídicas advindas de uma ADPF. Ao final, será abordada a influência dessa ação constitucional e a força dos seus precedentes judiciais para a determinação de conflitos envolvendo os interesses de toda a coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição. Constitucionalidade. Controle. Preceitos Fundamentais.

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – Unit (2017) e Advogada OAB/SE nº 10.623. E-mail: lorenamleite94@gmail.com.

** Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS, 2003), Pós-graduado em Direito Privado pela Universidade do Estado da Bahia (1999), Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1997), Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco (1990). Atualmente é Procurador Federal, Professor de Direito Constitucional, Direito Previdenciário e Direito Tributário no curso de graduação e de pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes/SE; Professor convidado de Direito Previdenciário dos cursos de pós-graduação da Esmatra (Recife/PE), da Faculdade Baiana de Salvador/BA e da Escola da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Sergipe. Foi Coordenador e Professor conteudista do eixo Direito Administrativo Aplicado à Prática no Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade de Brasília (UnB) Brasília, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União/Brasília. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Previdenciário. Parecerista *ad hoc* da Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. E-mail: céliocruz@unb.br.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como valor fundamental a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. E, quando se trata de nosso país, esses direitos se encontram presentes de forma expressa ou implícita na Constituição da República de 1988, documento escrito e promulgado por representantes do povo. Com o intuito de proteger as suas normas constitucionais, a própria Constituição prevê que seja realizado um controle das normas editadas, diante do princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual a Carta Magna é fundamento de validade de normas jurídicas.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental surge como um instituto importante para a defesa do princípio da Supremacia da Constituição e para o fortalecimento da defesa dos direitos fundamentais. Não só isso, a ação constitucional estudada neste artigo tem despertado bastante interesse e sido alvo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque, desde a origem dessa ação constitucional com a CRFB/88 e, posteriormente, com a sua regulamentação Lei 9882/99 (Lei da ADPF), não foram explicitadas de forma clara diversos pontos da arguição de descumprimento do preceito fundamental. Tanto é que, devido à confusão feita pelo texto regulamentador, inúmeras arguições ajuizadas foram rejeitadas, quando do início da vigência dessa Lei.

A problematização desse artigo consiste na dificuldade de delimitação dos preceitos fundamentais e das hipóteses de cabimento da ADPF. Justifica-se na busca de uma maior efetividade na tutela dos preceitos fundamentais. Nesta senda, se faz necessário realizar um estudo acerca das decisões proferidas em sede de ADPF, como também o papel do STF nessa referida ação, as hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a competência para o seu julgamento e os efeitos desses julgados.

A metodologia baseia-se no estudo da legislação, doutrina e levantamento de jurisprudências, com o intuito de resolver o seguinte problema de relevância social e jurídica: a falta de efetividade na defesa dos preceitos fundamentais.

O presente artigo está divido em três tópicos amplos: o primeiro tópico cuida dos aspectos do controle de constitucionalidade mais relevantes para o tema. Logo após, será abordada aspectos da Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como: a sua origem, a conceituação da ação e dos preceitos fundamentais, as modalidades, os legitimados ativos e a interpretação jurídica do princípio da subsidiariedade.

Ao final do desenvolvimento, em um terceiro tópico, será proposta uma reflexão sobre a influência da ação constitucional discutida, as suas hipóteses de cabimento e a utilização desta para suprir omissões do Poder Público. Ademais, será abordada força dos precedentes judiciais da ADPF para a determinação de questões polêmicas envolvendo os interesses de toda a coletividade, a exemplo do aborto do feto anencefálico, das cotas étnico-raciais, entre outros a serem expostos.

Neste artigo não será feito um trabalho exaustivo de todos os pontos da Lei 9882/99, apenas dos mais relevantes para a apresentação do tema dentro do contexto do controle concentrado de constitucionalidade e da atuação do Supremo Tribunal Federal. Além disso, serão enfatizadas as mudanças jurídicas advindas com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2 DELINEAMENTOS ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, por ser expressão da soberania popular, é fundamento jurídico de validade de todos os atos normativos editados. Sendo assim, é cediço que os princípios, regras e normas presentes na Carta Magna devem ser respeitados por todos.

Inicialmente, importa mencionar as lições de Alexandre de Moraes (2016, p. 1118) acerca do princípio da Supremacia da Constituição: "Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo [...]".

Como bem apontado, vive-se em um sistema hierarquizado de normas jurídicas, em que há de se reconhecer a primazia da Constituição

e a necessidade de haver um controle dos atos normativos, os quais só possuem validade se forem compatíveis formal ou materialmente com a Carta Magna.

Quanto aos atos normativos, é cristalino que estes devem obedecer ao processo constitucional de criação das leis (aspecto formal), como também o conteúdo dessa lei deve estar em sintonia com o previsto na Constituição (aspecto material). Não respeitados esses aspectos, a lei pode ser afastada por inconstitucionalidade formal ou material.

Ainda sobre a classificação referida, Luís Roberto Barroso (2012, p. 48-49) traz uma distinção mais detalhada com relação à inconstitucionalidade formal, afirmando que ela pode ser orgânica (quando órgão é incompetente para legislar sobre tal ato) ou formal propriamente dita (quando há a não observância do processo legislativo constitucional).

O legislador pode, através de ação positiva, incorrer em inconstitucionalidade, como também a sua omissão, através de lacuna na norma legal, pode contrariar a Constituição.

Exemplifica o referido tipo de inconstitucionalidade o inciso II, §4º, art. 40 da CRFB/88:

> Art. 40. [..] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para **a concessão de aposentadoria** aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados**, nos termos definidos em leis complementares**, os casos de servidores: I- portadores de deficiência; II- **que exerçam atividades de risco**; III- cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (grifo nosso).

A situação prevista no inciso II, §4º, art. 40 da CRFB/88 ilustra como a omissão inconstitucional pode interferir no exercício dos direitos fundamentais, como o direito a aposentadoria especial, a qual não poderá ser exercida na falta de Lei Complementar.

Dentre outros tipos de inconstitucionalidade, destacam-se as diferenças entre originária (a lei já é incompatível desde o seu ingresso no ordenamento jurídico) e superveniente (a lei se torna incompatível quando editada nova Constituição ou Emenda). Importante citar que,

no Brasil, só existe inconstitucionalidade material superveniente, ou seja, lei pré-constitucional, caso recepcionada materialmente, terá seu aspecto formal determinado pela CRFB/88. Segundo as lições de Luís Roberto Barroso (2012, p.63): "lei anterior subsistirá validamente e passará a ter status de espécie normativa reservada pela nova norma constitucional reservada para aquela matéria.".

No direito brasileiro, não só a redação expressa da Constituição está compreendida como parâmetro para fiscalização e controle da constitucionalidade no âmbito federal, como também os princípios e regras implícitos contidos na Carta Magna; os Atos Constitucionais de Disposição Transitória (ADCT) enquanto perdurarem os seus efeitos, e as Emendas Constitucionais em relação aos seus limites materiais, circunstanciais e temporais (art. 60 da CRFB/88).

2.2 MODOS DE MANIFESTAÇÃO DO CONTROLE: DIFUSO OU CONCENTRADO E VIA INCIDENTAL OU VIA PRINCIPAL

Como dito anteriormente, a fiscalização e o controle de constitucionalidade é essencial para a preservação da Constituição e, consequentemente, das Instituições Democráticas positivadas. No Brasil, o controle pode ser realizado por órgão específico para esse fim, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF), ou, através de diversos órgãos, ao se depararem com caso concreto (controle difuso).

O controle difuso teve seu início anunciado no célere caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803. Sob os argumentos da supremacia da Constituição e da importância de proteger o texto constitucional, originou-se um controle de atributo dos órgãos do Poder Judiciário diante de um caso concreto (CUNHA, 2012, p. 119).

Haja vista o modelo adotado no Brasil, o controle difuso combina-se ao incidental, pois realizado no curso de uma demanda judicial, tendo como pressuposto a existência de lide. Na via incidental, a inconstitucionalidade tem natureza jurídica de questão prejudicial para a controvérsia judicial. Trata-se de defesa excepcional com o intuito de prevenir ameaça ou reparar lesão a direito fundamental.

Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 120) esclarece ainda mais sobre a provocação do controle por via incidental:

> No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se – reafirmamos – no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses [...].

Diferencia-se o controle concentrado, o qual é modelo derivado da Constituição Austríaca de 1920. Márcia Vogel Vidal Oliveira (2000) distingue: "No controle repressivo judicial, há dois sistemas muito distintos, quais sejam: a) o controle difuso ou incidental, idealizado com base no modelo da Suprema Corte Americana; b) e o controle concentrado ou via de ação, cuja origem se deu na Áustria". No Brasil, os dois tipos de controle são válidos e compõem um sistema adotado *civil law*, em que a lei escrita é a principal fonte do direito e, em regra, as decisões judiciais não tem força vinculante.

Ao passo que nos países em que se adota o *common law*, a regra é que os julgados de um tribunal superior vinculam as decisões dos tribunais de instância inferior em uma mesma jurisdição, isso porque a posição jurídica firmada não poderá sofrer variações (princípio do *stare decisis*), a não ser em casos excepcionais por razões de interesse público.

Como apontado, para os países em que se adota o *civil law* não há a obrigatoriedade da vinculação. Nesse diapasão, viu-se indispensável que nesse sistema fosse delegada a função de afastar uma norma inconstitucional a órgão específico, composto por membros, não de carreira, mas investidos de poder jurisdicional e político, com a prerrogativa de proferir decisões vinculantes.

Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 84), em outros vocábulos, explica que nos países que adotam o sistema do *civil law*, onde inexiste o princípio do *stare decisis*, ao introduzir o modelo de constitucionalidade difuso se deparou com o seguinte: prefacialmente, não havendo vinculação, em caso semelhante, alguns juízes considerariam uma norma constitucional, enquanto outros reputariam essa mesma norma inconstitucional deixando de aplicá-la, causando insegurança jurídica; em segundo lugar, nos referidos países, surge uma multiplicidade de demandas, haja vista as discrepâncias acerca da mesma norma, ainda que já reiteradamente

considerada inconstitucional.

Sendo assim, o controle concentrado veio a solucionar os referidos problemas apontados anteriormente e, quando diz respeito ao Brasil, a Emenda Constitucional n. 16/65 foi o instrumento que introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar ação genérica, mediante representação do Procurador Geral da República (BARROSO, 2012, p. 71).

Por tais razões, a Constituição delegou ao Supremo Tribunal Federal o controle das normas no âmbito federal, por ajuizamento de ação direta, onde se busca a declaração de constitucionalidade por via principal, havendo raras exceções, a exemplo da ADPF incidental, a qual será explicada em capítulo próprio.

Em resumo, o controle por via incidental se dará num curso de uma ação, diante de caso concreto, podendo ser exercido por qualquer órgão, mas depende que haja uma controvérsia real entre as partes, sendo que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem caráter prejudicial. Ao passo que, na via principal, o controle tem como objetivo a fiscalização abstrata das leis ou atos normativos, cuja declaração de constitucionalidade ou a declaração de inconstitucionalidade é o que se pretende diante da ação direta.

2.3 OS EFEITOS IMEDIATOS DAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO BRASILEIRO

Após o ajuizamento de ação do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal torna-se o órgão judiciário competente para decidir sobre a matéria. Trata-se de processo objetivo, em que não há conflito de interesses, não há partes, discute-se questão constitucional, no intuito de defender a supremacia Constituição e toda uma coletividade. Ao atribuir tal poder ao órgão máximo, são trazidas importantes consequências para o sistema judiciário brasileiro. Implica dizer, que não só a lei é fonte central do direito como funciona no tradicional *civil law*, é preciso também se atentar que as decisões proferidas nos tribunais passam a ser afetadas diretamente por julgados com efeitos vinculantes constantes do controle concentrado.

O § 2º do art. 102 da Constituição da República de 1988 foi claramente

influenciado pelo princípio do *stare decisis*, que significa "estar no que foi decidido e não variar". Como anteriormente assentado, tal princípio é comumente aplicado nos países que adotam o sistema *common law,* e traduz-se nos efeitos vinculantes da decisão:

> Art. 102. [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 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 [...] (grifo nosso).

A intenção do legislador foi a de atribuir efeitos vinculantes e uma eficácia *erga omnes* às decisões do controle concentrado incluindo, também, as proferidas no curso de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que passou a ter previsão no §1º do art. 102 do CRFB/88, com a Emenda Constitucional 03/93.

Em síntese, proferida decisão no controle concentrado, os efeitos imediatos são em regra "ex tunc" (retroativos), "erga omnes" (contra todos), repristinatórios e vinculantes. Com o trânsito em julgado, restarão duas opções: a ação poderá ser procedente e declarar a constitucionalidade da lei, ou improcedente para afastar a norma por inconstitucionalidade, haja vista que as ações no controle concentrado têm natureza dúplice.

2.4 UM PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ATUAL E A ADPF

O princípio do *stare decisis* é de extrema importância para a compreensão dos delineamentos atuais do controle de constitucionalidade brasileiro. Mauro Viveiros (2009) explica o porquê do surgimento desse princípio: "três razões fundamentais explicam o nascimento

e desenvolvimento do *stare decisis*: a proteção das expectativas patrimoniais, a segurança jurídica e a necessidade de uniformidade nas decisões judiciais como manifestação do princípio da igualdade".

Ao ajuizar ação no Poder Judiciário, o cidadão espera que não só os seus pedidos sejam atendidos, mas também que sejam respeitados os seus direitos fundamentais e que as partes sejam tratadas com isonomia, em seu sentido formal e material, obedecendo ao disposto na legislação processual civil (art. 139, I do Código de Processo Civil de 2016).

As expectativas são ainda maiores quando da análise do mérito pela Corte Suprema das ações que fazem parte da atividade de fiscalização abstrata das leis. Isso, em razão de os efeitos serem extrapartes, afetando a todos e vinculando o Poder Judiciário e a Administração Pública. Ressalta-se a influência aos juízes e tribunais inferiores, os quais utilizam os fundamentos jurídicos das decisões do STF, guardião da Constituição, fruto do papel atribuído a este órgão em sede de controle concentrado.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi influenciado por diversos modelos, o que o tornou híbrido e com contornos ainda pendentes de mudanças com o intuito de ser aprimorado para se encaixar na realidade brasileira. Mauro Viveiros (2009) relata o seguinte:

> Embora nosso sistema tradicional, que veio na Carta da República de 1891, inspirado no modelo norteamericano, tenha funcionado como única via de controle de constitucionalidade até meados do século XX, certo é que nunca tivemos o princípio *stare decisis* como nos Estados Unidos. A par disso, a recepção de elementos do modelo europeu, ou kelseneano, do controle abstrato praticado em países como Alemanha, Itália e Espanha, produziram uma hibridação significativa em nosso sistema, um fenômeno que se expandiu por quase todo o mundo.

A priori, o sistema híbrido e dual adotado no Brasil com controle difuso e concentrado, simultâneos, ocasionou diversas disparidades na forma de decidir dos juízes, com multiplicidade de recursos extraordinários para o STF. *A posteriori*, com a denominada "Reforma do Judiciário", através da Emenda Constitucional nº 45/04, o controle de constitucionalidade

passou por mudanças cruciais, havendo a incrementação do controle concentrado. É o que esclarece Mauro Viveiros (2009):

> Na chamada "Reforma do Judiciário", com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o controle de constitucionalidade brasileiro entra numa fase de correção de rumos e de aperfeiçoamento. O ciclo iniciado em 1988 se completa com a introdução de três novos elementos: o efeito vinculante, as súmulas vinculantes e a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. Dois outros instrumentos processuais, originários da Carta de 1988, poderiam ser considerados como uma parte importante da renovação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: a reclamação para a preservação da competência e da autoridade do STF e a ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental, este último ainda carecendo de maior desenvolvimento prático.

A arguição de descumprimento surge nesse contexto de aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade brasileiro e como importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais mais relevantes. Ademais, a Constituição acresceu os poderes da Corte Suprema e, com isso, a autoridade das suas decisões só aumentou.

3 ADPF: ASPECTOS IMPORTANTES

3.1 ORIGEM E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL LEGAL

Conforme descrição em item anterior, as mudanças advindas a partir da promulgação da Constituição de 1988 implantaram avanços importantes no controle de constitucionalidade brasileiro. Sobre o tema, Gilmar Mendes (2015, p. 1259) relata:

> As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que

> havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso [...].

A ADPF veio a incrementar a competência do STF com o objetivo de tratar de questões não antes abrangidas pelo controle de constitucionalidade da época, como o direito pré-ordinário constitucional, o ato normativo municipal contestado em face da Constituição Federal, entre outros, como se observará neste artigo. Houve também a preocupação de desafogar o Judiciário e instâncias inferiores, em relação às inúmeras liminares ajuizadas a respeito dos direitos dos cidadãos. Em outras palavras, afirma Gilmar Mendes (2015, p. 1259):

> [...] Não obstante subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadoras, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada "guerra de liminares".

Com o intuito de suprir essa importante lacuna na competência da Excelsa Corte, originou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Sem dúvidas, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, proporcionou um crescimento da força jurisdicional da Suprema Corte quando do reforço de sua competência para decidir essas questões, além de preencher o espaço faltante acima descrito no âmbito

da defesa dos preceitos fundamentais.

A doutrina relata que fora o Professor Celso Ribeiro Bastos o responsável pela elaboração do anteprojeto de regulação da ADPF. A proposta do referido anteprojeto cuidou dos principais aspectos dessa importante ação constitucional, como o seu rito específico, a sua legitimidade ativa e passiva, os seus requisitos para propositura, os efeitos das suas decisões, inclusive, tratou da sua irrecorribilidade.

Desde março de 1997, estava em trâmite o Projeto de Lei n. 2.872 da Deputada Sandra Starling, bem semelhante ao do Professor Celso Bastos, com posterior aprovação pelo relator Deputado Prisco Viana. Importante ressaltar que, em 1998, os ministros do Supremo Tribunal Federal haviam tomado conhecimento de suas novas atribuições.

Passados os trâmites legislativos necessários, o Projeto da Lei 9.882/99 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República com veto a alguns artigos e incisos desta Lei.

A Lei referendada deparou-se com um empecilho durante a sua vigência: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADI nº 2.231 contra a íntegra da Lei 9.882/99. Alegava-se, em resumo, a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, caput e § 3º, e do art.11, todos da mesma Lei. Afirma Gilmar Mendes (2015, p. 1261) sobre o julgamento da inconstitucionalidade da Lei 9.882/99:

> Embora ainda penda de decisão a ADI 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54 parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.882/99. [...] Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição que, anteriormente somente poderia ser veiculada mediante a utilização de recurso extraordinário. Ademais as decisões proferidas pelo STF nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Em síntese, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é ação constitucional introduzida no ordenamento jurídico através do § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988. Por se tratar de norma de eficácia limitada, pendente de regulamentação, somente com a Lei 9.882/99 a referida ação passou a ter procedimento determinado, além de trazer inúmeras inovações.

No entanto, a maioria doutrinária entende que diante dos vetos presidenciais, subsistiram grandes dúvidas jurídicas em diversos pontos específicos da ADPF. Embora, conforme ficará demonstrado, não diminuiu a força dessa grande ação. Afirma Dirley da Cunha Jr. (2012, p.309) que: "Apesar de algumas deficiências, notadamente em razão dos vetos que lhe foram apostos, a Lei reguladora do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe, como se verá ao diante, significativos avanços [...]" (CUNHA JR., 2012, p. 309).

3.2 CONCEITUAÇÕES IMPORTANTES: ADPF E PRECEITO FUNDAMENTAL

Para se chegar a um conceito da chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é necessário identificar o significado de Preceito fundamental. Prefacialmente, preceito, no sentido lato, significa regra ou princípio. Para identificar os preceitos, como ficará demonstrado, é preciso verificar as normas constitucionais que disciplinam regras ou princípios basilares, implícitos ou não.

No intuito de distinguir os preceitos fundamentais das normas constitucionais, interessante os esclarecimentos de Carlos Augusto Alcântara Machado:

> Após calorosos debates acadêmicos e uma série de posicionamentos apresentados, um certo consenso foi obtido, com a indicação da primeira conclusão: não é qualquer norma constitucional violada que enseja o ajuizamento da ADPF. Somente aquelas gravadas com a cláusula de fundamentalidade.

Também sobre a identificação dos preceitos fundamentais, O Ministro Gilmar Mendes, ao se deparar com o julgamento da ADPF 33, afirmou o seguinte em seu voto: "[...] É o estudo da ordem constitucional no

seu contexto normativo e nas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema [...]". (ADPF 33, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006).

Ainda em Julgamento da ADPF 33, o Ministro Relator reconheceu que alguns preceitos fundamentais são facilmente identificáveis, como os direitos individuais e as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60, da Constituição. Não obstante, como se pode extrair desse mesmo voto, concluiu que o conceito de preceito fundamental não é conceito fechado, podendo ser ampliado na defesa das Instituições Democráticas e dos princípios mais sensíveis da CRFB/88.

Wellington Pacheco Barros (2010, p. 364) ressalta que: "[...] Portanto, é bom ter sempre presente que a ADPF retrata uma demanda que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e com isso preservar a integridade constitucional, que é a base jurídica maior do Estado de Direito Nacional.".

Nesta senda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser descrita como uma ação constitucional apta a evitar lesão ou ameaça do Poder Público, provocada por ato comissivo ou omissivo, inserida no contexto de controle abstrato de constitucionalidade, com intuito de proteger os preceitos fundamentais, os quais são a base do Estado Democrático de Direito.

Ademais, a ADPF é ação constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo muitas características semelhantes a outras ações dessa espécie de controle, como a eficácia das decisões, os legitimados ativos e passivos, entre outros aspectos a serem tratados a seguir.

3.3 AS MODALIDADES DA ADPF E OS SEUS LEGITIMADOS

Atualmente, a legislação e a doutrina admitem dois tipos de arguição por descumprimento de preceito fundamental: a Arguição Direta ou Autônoma e a Arguição Incidental. À *priori*, preceitua a Lei 9.882/99:

> Art. 1º **A arguição prevista no § 1º do art. 102** da Constituição Federal será proposta perante

> o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. **Caberá também** arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da **controvérsia constitucional** sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição [...] (grifo nosso).

Acerca das modalidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Dirley da Cunha Jr. (2007, p. 416) explica a intenção do legislador no art. 1º da Lei 9.882/99:

> Estabeleceu, assim, (a) um processo de natureza objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público e (b) um processo de natureza subjetiva-objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental.

O *caput* do art. 1º, da Lei 9.882/99 traz a modalidade de arguição direta ou autônoma, a qual mais se assemelha com as ações do controle concentrado de constitucionalidade, em que há um processo objetivo, não há partes e não há litígio propriamente dito, ou seja, o objetivo principal é a tutela dos preceitos fundamentais. Nesse caso, o parâmetro de controle está adstrito a uma violação a preceito fundamental.

O art. 2º da Lei 9.882/99 remete ao art. 103 da CRFB/88 para determinar que os legitimados ativos para a arguição direta são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

O parágrafo único do art. 3º da Lei 9.882/99 traz a exigência de instrumento de mandato para aqueles legitimados que não possuem capacidade postulatória, assim considerados em jurisprudência já consolidada do STF, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional.

Dos citados acima, a doutrina entende que são legitimados especiais e necessitam comprovar o interesse de agir: o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional. (CUNHA JR., 2012, p. 324).

Com relação à participação do Procurador Geral da República, o art. 7º da Lei 9.882/99 e § 1º do art. 103 da CRFB/88 reconhecem que a sua não participação, ainda que não seja autor da ação, seja na arguição direta ou na incidental, ocasionaria nulidade.

São legitimados passivos na arguição direta as autoridades ou órgãos que tenham ameaçado ou praticado lesão a preceito fundamental e o ato questionado é estatal ou equiparável, não necessariamente normativo. O que não ocorre com a arguição incidental, detalhada a seguir, em que o ato questionado deverá ser normativo federal, estadual, municipal, incluídos também os anteriores a Constituição vigente.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 traz como segunda modalidade de arguição: incidental. Nesse caso, apesar da arguição estar no bojo de um processo subjetivo, em ação própria do controle concreto de constitucionalidade, a arguição surge incidentalmente e diante de controvérsia constitucional relevante, ela passará a transitar diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Na arguição incidental, em razão de veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei da ADPF que previa a legitimidade ativa da ação a qualquer pessoa ou cidadão, entende-se que os legitimados são os mesmos do art. 103 da CRFB/88 (BARROSO, 2012, p. 320). Isso significa que, somente esses legitimados podem apresentar incidente de arguição, quando em ação judicial comum, em que há partes e litígio, desde que preenchidos os outros requisitos legais. A decisão, apesar de ser em caso concreto, influenciará diversos processos judiciais, haja vista a lei ter concedido eficácia *erga omnes*. (§ 3º do art. 10 da Lei 9.882/99).

Como se pode observar também no art. 1º da Lei 9882/99,

um diferencial da arguição incidental é possuir um requisito de admissibilidade a mais do que a arguição direta, que é a controvérsia constitucional relevante. Luís Roberto Barroso (2012, p. 324) descreve a expressão utilizada pelo legislador:

> [...] Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu **alcance político, econômico, social ou ético.** Por vezes, a reparação imediata da injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva (grifo nosso).

Conclui-se que as duas modalidades de ADPF (direta e incidental) em muito se assemelham em seus legitimados e procedimento, com algumas diferenças no que se refere ao processo. Um é objetivo e outro subjetivo – objetivo. Também se diferenciam com relação aos seus requisitos de admissibilidade, pois a controvérsia constitucional relevante é atributo da arguição incidental.

A seguir será tratado sobre mais um requisito de admissibilidade da arguição: a subsidiariedade, bastante controvertida, cuja discussão jurídica traz reflexões importantes a serem tratadas em tópico próprio.

3.4 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ

O legislador ordinário, no §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, trouxe como requisito de admissibilidade da ADPF a demonstração de inexistência de outro meio eficaz, trazendo o caráter subsidiário da ação.

O princípio da subsidiariedade tem gerado inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desde a sua edição, quando do surgimento da Lei da ADPF. Por tal razão, três correntes doutrinárias surgiram para

explicar a utilização desse princípio.

Uma primeira corrente doutrinária afirma que pareceu ser atitude contraditória do legislador, a de atribuir a defesa dos preceitos fundamentais, que abarcam os princípios mais basilares da Constituição, a um instrumento de caráter subsidiário, colocando essa importante ação constitucional em posição de desvantagem em relação às outras ações do controle concentrado (NEVES, 2013, p. 108).

Uma segunda corrente doutrinária, defendida por Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 368), afirma que o princípio da subsidiariedade somente seria aplicável nas arguições incidentais, com algumas exceções mas, jamais, seria para as arguições diretas. Isso porque, na opinião desse autor, a subsidiariedade significaria escolha do legislador pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para tutelar os preceitos fundamentais.

Uma terceira corrente doutrinária é mais extrema com relação ao princípio da subsidiariedade e defende ser impossível o ajuizamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental se houver qualquer ação, seja do controle de constitucionalidade ou não, capaz de tutelar de forma eficaz os preceitos fundamentais (CRUZ, 2011, p. 97).

Sobre a posição da Corte Suprema acerca do princípio da subsidiariedade, importante mencionar trecho da Ementa da decisão da ADPF 33 "ANEXO A", que trata da impugnação de norma estadual pré-constitucional que ofende o princípio federativo, um preceito fundamental:

> **[...]** 13. Princípio da **subsidiariedade** (art. 4º, §1o, da Lei no 9.882/99): **inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão,** compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma **ampla, geral e imediata. [...]** ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873) (grifo nosso)

Sendo assim, é possível concluir, através da análise do julgamento da ADPF 33, que o Supremo Tribunal Federal trouxe uma interpretação

intermediária e benéfica para a concretização dos preceitos fundamentais ao afirmar que, ainda que a ADPF tenha caráter subsidiário dado pelo legislador, o instrumento capaz de afastá-la deverá ter a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude. E quando se trata de amplitude, entende-se por efeitos das decisões mais extensos, característica apenas das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Como se pode observar, há entendimento jurisprudencial consolidado de que o princípio da subsidiariedade pode ser agora compreendido como a demonstração de inexistência de outro meio eficaz, expressão assim também utilizada por Gilmar Mendes em seu livro (2015, p. 1270), quando se remete ao §1º do art. 4º da Lei 9.882/90, já que, segundo as palavras desse autor, o caráter subsidiário deve ser compreendido dentro de "uma ordem constitucional global", isto é, em outras palavras, em respeito a todo um sistema constitucional que sempre privilegiou os preceitos fundamentais.

4 A CONCRETIZAÇÃO DA DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

4.1 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA ADPF E O SEU OBJETO

O estudo das hipóteses de cabimento da ADPF está intimamente relacionado com a razão de que essa ação do controle concentrado veio a preencher os espaços deixados pelas ações genéricas e completar fiscalização abstrata dos atos normativos. Sendo assim, Daniel Neves (2013, p. 109) relata:

> Segundo a melhor doutrina, diante do caráter subsidiário da arguição com relação às outras ações de controle concentrado será cabível a arguição para o controle de: (a) direito préconstitucional; (b) direito municipal em face da Constituição Federal; (c) nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado; (d) de direito pós-constitucional cujos efeitos já se exauriram; (e) de direito pós-constitucional em relação às normas originárias da Constituição de 1988, mas pré-constitucional em relação às emendas

> constitucionais; (f) alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre a interpretação dada pelo Judiciário, que, portanto não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional.

As hipóteses antes expostas não são taxativas, apenas norteiam o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O fato é que como a tutela de preceitos fundamentais é bastante ampla, novas hipóteses de cabimento acabam sendo sustentadas pela doutrina e jurisprudência.

É possível, através de ADPF, discutir incompetência legislativa superveniente, isto é, quando matéria anteriormente delegada a um ente estadual ou municipal passa a ser delegada na nova Constituição a um ente federal. Nesse caso, segundo Gilmar Mendes (2015, p. 1277), para solucionar esse grave conflito caberia o referido instrumento constitucional.

Uma importante hipótese de cabimento, anunciada pela jurisprudência na ADPF 101 "ANEXO B", foi o caso da "importação de pneus usados", em que se questionava a inconstitucionalidade dada por determinada interpretação judicial, adotada por alguns juízes, que incorria em lesão a preceito fundamental. A Corte Suprema admitiu a ADPF nesse caso como instrumento hábil para combater as decisões judiciais lesivas e privilegiar os princípios da segurança jurídica, da celeridade e da eficiência:

> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. **AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS** DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE

> EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. **Multiplicidade de ações judiciais,** nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de **insegurança jurídica** acrescida da **ausência de outro meio processual hábil para** solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação [...] (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011) (grifo nosso)

Também muito se questionou na doutrina se um ato infralegal poderia ser objeto de ADPF. Luís Roberto Barroso (2012, p. 335) ressaltou que a Jurisprudência mais antiga e constante do Supremo Tribunal sempre rejeitou a análise de atos normativos secundários (regulamentos, resoluções, instruções, entre outros) nas ações diretas do controle concentrado, haja vista esses atos não inovarem na ordem jurídica. Sendo assim, diante do caráter residual da ADPF, possível deduzir que esses atos secundários poderiam ser sim objeto dessa ação constitucional.

Com relação aos atos políticos, a exemplo do veto do Chefe do Poder Executivo, a possibilidade não é exatamente pacífica na Corte Suprema. Isso porque a ADPF 1, ajuizada com esse intuito, fora indeferida sob a

justificativa de que o controle do veto, ato anterior à publicação da Lei, seria uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes (MENDES, 2015, p. 1285).

No entanto, diante do caráter residual da ADPF e tendo em vista que nenhum ato poderá se sobrepor aos preceitos fundamentais da Constituição, o entendimento correto seria o de que o veto pode ser sim objeto de ADPF. Diêgo Targino da Silva (2016) reitera: "Desse modo, não há de se falar em desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, pois a defesa contra os atos que neguem os direitos previstos na Constituição deve ser sempre o caminho primordial a ser adotado pelos Tribunais".

Em suma, com o ingresso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição da República surgiram inúmeras inovações e possibilidades a serem estudadas no campo do controle concentrado e, também, um consequente aumento da atuação da Corte Suprema.

4.2 A ADPF COMO INSTRUMENTO PARA SUPRIR OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

Por vezes a omissão do Poder Público, total ou parcial, pode ocasionar lesão a preceito fundamental. Por tal razão, a legislação (*caput* do art. 1º da Lei 9.882/99) prevê que a arguição seja o instrumento a combater ato do Poder Público, seja por ação ou omissão, que prejudique de alguma forma os preceitos constitucionais, os princípios mais basilares.

Em verdade, ao verificar o direito brasileiro, identifica-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é o único instrumento a combater os atos omissos. Isso porque, o mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) já tinham essa função. Ocorre que, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que esses dois mecanismos são ineficazes para sanar omissão lesionadora de preceito fundamental. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 338) reforça:

> Subsistem dificuldades sistêmicas, portanto, no enfrentamento da omissão inconstitucional, seja a total, seja a parcial ou a relativa. A deficiência funcional dois mecanismos existentes, tal como

> desenvolvidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permite afirmar não serem eles meios eficazes de sanar a lesividade a preceito fundamental decorrente de inércia do legislador. [...]

Na opinião de Luís Roberto Barroso (2012, p. 338), os dois institutos (mandado de injunção e ADO) ainda não foram bem desenvolvidos pela Jurisprudência do STF, porque, possivelmente, até então, a Corte Suprema temeria atuar como legislador positivo e ocasionar uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Mais uma vez, o aparecimento da ADPF amplia os poderes da Excelsa Corte para se constituir em mecanismo eficaz de defesa dos preceitos fundamentais. O ato do Poder Público, ainda que por ação ou omissão, não estará incólume diante dessa ação constitucional. Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 336) dispõe o seguinte:

> As omissões medidas de índole normativa necessárias a tornar efetivo preceito constitucional fundamental, sejam de responsabilidade do legislador ou do órgão e da entidade administrativa com competência normativa, são abrangidas, de igual modo, pelo propósito defensivo da arguição de descumprimento.

Para exemplificar a utilização da ADPF como instrumento para suprir omissão, Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 370) traz um trecho do Julgamento da ADPF 4 para afirmar que a Corte Suprema reconheceu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento eficaz de controle de constitucionalidade por omissão. Isso porque a própria Corte admitiu que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não é mecanismo eficaz para sanar lesão a preceito fundamental.

Haveria dúvida quanto ao provimento adequado a ser dado pela Corte Suprema em decisão proferida em sede de ADPF que declara mora do legislador. Ao analisar a jurisprudência firmada até então, verifica-se que a Corte teria duas opções: fixar prazo para a autoridade legislar e suprir a omissão (§2º do art. 103 da CRFB/88) ou a aplicação de lei geral para o caso até que seja proferido ato normativo (exemplo: direito de greve dos servidores públicos).

4.3 A ADPF E A FORÇA DOS SEUS PRECEDENTES JUDICIAIS

Por todo o estudo acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, percebe-se a importância dessa ação para a defesa dos interesses da coletividade. Nesse sentido, exemplifica-se o poder da ADPF nos seguintes julgados polêmicos compilados pelo site jurídico "JOTA- Notícias Jurídicas que Fazem Diferença", cujo título da matéria é "Número de ADPFs ajuizadas no STF cresce 28,5% em 2015":

> Foi no julgamento de ADPFs que, nos últimos anos, o plenário do Supremo decidiu questões jurídico-políticas muito polêmicas, de grande repercussão social, tais como:
> – A incompatibilidade da íntegra da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) com a Constituição de 1988, em face do preceito fundamental da liberdade de expressão. A maioria do plenário (sete ministros) não acolheu nenhuma ressalva referente ao exercício do direito de resposta (ADPF 130, em 30/4/2009).
> – A confirmação da Lei da Anistia (Lei 6.683/79), com a rejeição, por 7 votos a 2, da ação da Ordem dos Advogados do Brasil que pretendia a anulação do perdão dos agentes do Estado (militares e civis) acusados da prática de tortura, homicídios e desaparecimentos forçados durante o regime militar (ADPF 153, em 29/4/2010).
> – O reconhecimento, por unanimidade, como entidade familiar, da união estável entre casais homossexuais (ADPF 132, em 5/5/2011).
> – A decisão, também unânime de que quaisquer manifestações públicas– mesmo "marchas" favoráveis à descriminalização do uso de drogas, como a maconha – só podem ser proibidas quando dirigidas a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes (ADPF 187, em 15/6/2011).
> – O entendimento (8 votos a 2) de que não pratica o crime de aborto tipificado no Código Penal a mulher que opta pela "antecipação do parto" em casos de gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54, em 12/4/2012).

> – A constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para a seleção de candidatos às universidades, como política de "ação afirmativa", ao rejeitar, por unanimidade, ação proposta pelo DEM (ADPF 186, em 26/4/2012).

A interpretação dada pela Corte Suprema nesses casos polêmicos foi crucial para dirimir situações especiais e suprir pontos omissos deixados pela legislação. Como é bem sabido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88) impede que lesão ou a ameaça a direito seja afastado da apreciação do Poder Judiciário, não podendo este se escusar de fazê-lo alegando que não há lei aplicável ao caso. Neste diapasão, foram necessários os enfrentamentos das questões acima destacadas, a exemplo da anencefalia, das cotas raciais, para efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição.

Dito isso, não há como deixar de reconhecer que as decisões proferidas pelo STF influenciam a vida de muitos cidadãos (*erga omnes*), além de toda a comunidade jurídica. Por razões dos efeitos vinculantes concedidos pela legislação (§ 3º do art. 10 da Lei 9.882/99), os juízes dos Tribunais e Instâncias Inferiores passam a decidir de acordo com tais Julgamentos relevantes ensejando, assim, a utilização do que se chama de precedente judicial.

O Precedente Judicial decorre do processo de interpretação do magistrado à luz do caso concreto e a *ratio decidendi* ou "razão de decidir" será extraída de decisão judicial dada a sua importância para resolução de inúmeras lides (DIDIER JR., 2015, p. 441). Pode-se dizer que o papel de condensar fundamentos jurídicos relevantes vem sendo exercido de forma mais ampla pelo Supremo Tribunal Federal, Corte responsável pela determinação do pensamento constitucional.

Em suma, não fosse a interpretação dada pela Excelsa Corte em inúmeros casos importantes, em que os fundamentos apresentados são essenciais para a resolução de inúmeros conflitos idênticos, a concretização dos preceitos fundamentais poderia estar em um futuro mais distante, ao depender exclusivamente da lei como fonte do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição e as suas inúmeras possibilidades contribuem para uma

maior defesa das normas constitucionais, do princípio da Supremacia da Constituição, do Estado Democrático de Direito e proporciona uma atuação mais eficaz por parte do Judiciário.

Como supracitado, o controle de constitucionalidade brasileiro perpassou por diversas mudanças. Pode-se afirmar que algumas dessas inovações foram em decorrência da introdução da ADPF no ordenamento jurídico.

Os objetivos principais do presente artigo foram o de trazer uma nova perspectiva acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e buscar a atenção da sociedade para essa importante ação constitucional pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade.

Ante o exposto no desenvolvimento, não há dúvidas de que a fiscalização dos atos do Poder Público, por intermédio do controle de constitucionalidade, é essencial para a preservação da Constituição e das Instituições Democráticas. Além do mais, ficou evidente que os preceitos fundamentais estão intimamente conectados com os princípios mais basilares da Carta Magna.

Foi destacado que, antes do ingresso da ADPF no ordenamento jurídico, verificou-se a necessidade de mecanismos mais eficazes de tutela dos preceitos fundamentais. Nesse sentido, demonstrou-se que essa ação constitucional trouxe mais segurança jurídica, celeridade e eficácia aos processos judiciais de defesa dos preceitos constitucionais.

Vislumbrou-se a ação constitucional estudada como instrumento eficaz para combater a omissão inconstitucional lesionadora de preceito fundamental. Além disso, foram explanadas as seguintes hipóteses de cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: a incompetência legislativa superveniente, a inconstitucionalidade dada por determinada interpretação judicial que provocava lesão a preceito fundamental, o controle do ato infralegal e análise do veto do chefe do Poder Executivo.

Apurou-se que, em razão dos vetos presidenciais apostos à Lei 9.882/99, é preciso recorrer à doutrina e à jurisprudência para explorar novas possibilidades de utilização da ADPF com intuito de haver a plena tutela dos preceitos constitucionais.

Ficou transparente também que os direitos subjetivos, com alcance político, econômico, social ou ético, também serão protegidos pela ADPF,

na sua modalidade incidental. Sendo que, diante da função subjetiva – objetiva explicitada, os efeitos dessas decisões transcenderão as partes na ação.

Argumentou-se, ainda, que diversas questões polêmicas foram enfrentadas em sede de ADPF, resultando no surgimento de importantes Precedentes Judiciais. Consagrou-se uma nova fonte do Direito Pátrio: a jurisprudência.

Outrossim, possível notar que a jurisprudência foi essencial no presente estudo para determinar o conhecimento dos significados dos preceitos fundamentais, as hipóteses de cabimento e outros pontos omissos deixados pela legislação da ADPF.

Ao fim, conclui-se que, inicialmente, o intuito primário desta ação foi o de tratar de questões anteriormente não abrangidas pelo controle de constitucionalidade concentrado. No entanto, tornou-se um importante instrumento de defesa da Supremacia da Constituição e, consequentemente, de toda a coletividade.

THE FUNDAMENTAL PRECEPT OF NON-COMPLIANCE COMPLAINT (ADPF): ASSUMPTIONS OF THE APPROPRIATENESS AND DEFENSE OF THE FUNDAMENTAL PRECEPTS

ABSTRACT: This article aims to portray an important issue to guarantee the fundamental precepts of citizens and legally discuss an action that has become quite filed in the recent times: the fundamental precept of non-compliance complaint (ADPF). This important constitutional action is forecast in paragraph 1 of the article 102 of the Constitution (CRFB / 88) and in the Law 9882/99. Initially, some constitutionality aspects will be covered with a current overview of the performance of the Supreme Court. Later, through legislation, doctrine and jurisprudence, the special features will be demonstrated, such as the terms and assumptions of the appropriateness of that action, the study of the subsidiarity principle and the legal consequences arising from ADPF. Eventually, the influence of this constitutional action and the strength of its judicial precedents for the determination of disputes involving the interests of the whole community will be addressed.

KEYWORDS: Complaint. Constitutionality. Control. Fundamental Precepts.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BRASIL. Constituição, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em: 24 de outubro de 2016.
BRASIL. Lei 9.882/99, 3 de dezembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 24 de outubro de 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 33, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 07/12/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 27/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em: 23 de outubro de 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 101, Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Data de Julgamento: 24/06/2009, Plenário, Data de Publicação: DJe 04/06/2012.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 23 de outubro de 2016.
CARNEIRO, Luiz Orlando. *Número de ADPFs ajuizadas no STF cresce 28,5% em 2015*. Disponível em: <http://jota.info/numero-de-adpfs-ajuizadas-no-stf-aumentou-285-em-2015>.
Acesso em 30 de outubro de 2016.
CUNHA Jr., Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. IN: DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2007.
CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*: Teoria e Prática. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: lineamentos básicos e revisão crítica no direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
DE OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal. *Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental–ADPF*, SILVA, p. 122, 2000.
Disponível em:< http://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/3/daargiodedescumprimentodepreceitofundament al_adpf.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos de Tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, Vol. 2, 2015.
MACEDO, Elaine Harzheim. GOMES, Roberto de Almeida Borges. BARROS, Wellington Pacheco. *Ações Constitucionais*. 4. ed. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2010.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. Série manuais para concursos e graduação. São Paulo: RT, Vol. **5**, 2005.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método Ltda., 2013.
SILVA, Diêgo Targino da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: uma inovação normativa que ampliou o alcance do controle concentrado de constitucionalidade. 2016. Disponível em: < http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/11068>. Acesso em 20 de outubro de 2016.
VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte-Americano. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, Ano 4, n.6, p.135-151, Jan./ Jun. 2009.

ANEXOS

ANEXO A – ÍNTEGRA DA EMENTA DA ADPF 33

EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o , CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante

o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) (ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873)

ANEXO B - ÍNTEGRA DA EMENTA DA ADPF 101

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do

princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, consequentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de

remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011)

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcel Santos Tavares*

RESUMO: O presente trabalho tem como desiderato a análise do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 perante o Supremo Tribunal Federal, no qual fora analisada a possibilidade de cumprimento da prisão provisória da pena diante da confirmação da sentença por segundo grau de jurisdição, porém, sem que tenha dado o trânsito em julgado do processo. O artigo adentrará ainda, mesmo que de forma bastante sucinta, nos conceitos de princípio da não culpabilidade e no instituto da execução penal, a fim de saber sobre a licitude ou não da prisão pena ainda que pendentes recursos especiais e/ou extraordinários.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Princípio da Não Culpabilidade. Trânsito em julgado.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo permeia os julgamentos do Supremo Tribunal Federal desde a consagração da Magna Carta de 1988 e envolve o alcance do princípio da não culpabilidade, bem como o equilíbrio desse postulado e a efetividade da função jurisdicional da pena.

Surge a partir disso o questionamento acerca da possibilidade e licitude da execução provisória da pena sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Desta forma faz-se necessário conhecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em apreço.

A abordagem escolhida para a elaboração do posterior artigo científico terá como base o método dedutivo, através do qual será analisado o julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 julgado perante o

*Advogado militante na seara criminal, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes e pós-graduado em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio-Fase.

Supremo Tribunal Federal sob a ótica do princípio da não culpabilidade.

O problema suscitado no presente projeto de pesquisa será abordado de forma qualitativa, razão pela qual não se fará necessário a utilização de métodos e técnicas de pesquisa.

De outro modo, o objetivo será exploratório com procedimentos técnicos pautados na pesquisa bibliográfica acerca de institutos como a execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade e na pesquisa documental no tocante à análise de julgamentos, em especial aquele do Habeas Corpus nº 126.292 perante o Supremo Tribunal Federal.

Razão pela qual serão analisados os fundamentos jurídicos que permearam o acórdão ensejador da execução provisória da pena, mesmo antes de se esgotarem os instrumentos hábeis a impugnar o édito condenatório.

2 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA)

2.1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, norma posta e positivada suprema, consagra no seu art. 5º, inciso LVII o Princípio da Não Culpabilidade, *in litteris*:

> [...]
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em que pese a expressão "princípio presunção de inocência" seja deveras utilizado na comunidade jurídica, em nenhum momento a Magna Carta o menciona, afirmando apenas e tão somente que o indivíduo jamais poderá ser considerado culpado se não houver o trânsito em julgado como fundamento de ordem lógica para embasar a culpa – princípio da não culpabilidade.

Entretanto, não há que se falar em qualquer diferenciação entre os termos "presunção de inocência" e "não culpabilidade", de modo que ambos, na sua acepção jurídica da palavra acabam por desaguar no mesmo sentido. Essa é a posição de doutrinadores como Renato Brasileiro

(2015, p. 43) e Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2012, p. 55).

Em que pese a doutrina majoritária seja adepta da concepção de similitude entre os termos "não culpabilidade" e "presunção de inocência", a definição acerca da melhor nomenclatura não surge como objetivo do presente artigo.

Não somente a Lex Mater, mas também tratados internacionais se preocuparam em estabelecer um mínimo de garantias com intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do art. 1º, III da CF/88.

Desta forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo 9º, resguarda ao acusado o "status" de inocente até que sua culpabilidade seja declarada. A outro giro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assim preleciona em seu artigo 11, *verbatim*:

> Artigo 11
> I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem **o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa**. (Grifo nosso)

Insta salientar que o princípio esculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal se sobressaiu no ordenamento jurídico brasileiro enquanto estava vigente a Carta Magna de 1946, posto que o Brasil havia aderido à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), já citada anteriormente.

2.2 DAS REGRAS FUNDAMENTAIS DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Do princípio objeto de análise nesse trabalho (Princípio da Presunção de Inocência), derivam duas regras fundamentais, a saber, a regra probatória e a regra de tratamento, essa é posição da doutrina majoritária, como os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 51), vejamos:

> Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Desta forma, vê-se que, conforme proposta do presente trabalho, a regra de tratamento será aquela a ser abordada com maior apreço. Tal fato está ligado justamente à "antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade", no qual reside o desiderato desse artigo saber acerca da licitude do cumprimento provisório da pena antes de transitado em julgado a sentença penal condenatória.

3 DA EXECUÇÃO DA PENA – BREVES COMENTÁRIOS

Criminologista Clássico, Cesare Beccaria nos remonta à origem das penas e do direito de punir. Em sua obra mais conhecida, *Dos Delitos e das Penas*, relata que nos primórdios da humanidade, quando o homem vivia de forma isolada e independente, fora necessário ceder parcela da liberdade individual, para que uma vez reunidas e consolidadas no ente estatal fosse possível viver com mais segurança.

Assim, sob a concepção de Beccaria, inicia-se a ideia de "Estado", constituído pelas partes das liberdades abdicadas de cada ser humano. Entretanto, para ele, o encarregado pela administração desse ente que surgia, aproximava-se sempre do despotismo, posto que tendência nata ao indivíduo.

Por conseguinte, fez-se necessário a criação de meios hábeis a conter e reprimir essa ânsia pelo despotismo, "tais meios foram as penas estabelecidas para aqueles que infringiam as leis" (BECCARIA, 2000, p. 17).

Temos então a origem da pena segundo Beccaria, relatando ainda que o fundamento do direito de punir seria a soma das parcelas de liberdade anteriormente abdicadas, vejamos:

> Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela se sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menos porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2000, p. 17).

A sanção penal, segundo o professor Cléber Masson (2012, p. 539) consiste, *in litteris*:

> ... na resposta estatal, na exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança.

Conforme já suscitado, um dos temas do presente artigo é a execução provisória da pena, nela se incluindo as espécies constantes do artigo 32 do Código Penal Brasileiro, a saber:

> Art. 32 - As penas são:
>
> I - privativas de liberdade;
> II - restritivas de direitos;
> III - de multa.

Desta forma, a "execução da pena", instituto que compõe a temática principal do artigo juntamente com o "princípio da não culpabilidade", é a possibilidade de se fazer cumprir a sanção penal constante da sentença penal condenatória, seja ela da espécie pena ou medida de segurança.

Nesse sentido, os processualistas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 1571) asseveram que:

> Execução penal é o procedimento destinado à aplicação de pena ou de medida de segurança fixada por sentença. Em regra, a execução penal não prossegue como fase subsequente ao processo

> penal condenatório, mas como processo autônomo. Isso equivale a dizer que os autos são reproduzidos por cópia e, desse modo, formado novo volume com as peças imprescindíveis ao acompanhamento do cumprimento da pena e da concessão de benefícios, notadamente com a guia de execução penal inclusa.

A Lei n.º 7.210/1984 (LEP) é clara quando também estabelece o objeto e a aplicação da execução penal em seu artigo primeiro afirmando que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal".

A polêmica surge quando do questionamento acerca da possibilidade de cumprimento da execução provisória da pena. Seria o cumprimento da sanção penal, antes de transitar em julgado a sentença, lícito? Não se trata de analisar a prisão como medida cautelar, mas sim como pena propriamente dita, decorrente de condenação criminal.

O professor Afrânio Silva Jardim (2002, p. 277) já havia se debruçado sobre o tema da execução provisória da pena afirmando que esta não possuía as características inerentes às medidas cautelares, sendo "efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da pretensão punitiva".

Segundo ele (Afrânio Silva Jardim), o recolhimento à prisão ainda que pendente o trânsito em julgado da sentença, seria algo que beneficiaria o Réu, posto que poderia usufruir das benesses da Lei de Execução Penal antes que o recurso pudesse ser apreciado.

O pensamento do supracitado professor merece respeitosa crítica pelo fato da existência e possibilidade de emissão da guia de recolhimento provisório da pena. Com ela, o Réu, mesmo quando em cumprimento de medida cautelar (prisão preventiva) e sobrevindo sentença penal condenatória pendente de recurso, poderia invocar os dispositivos constantes da Lei de Execução Penal.

Dessa maneira, o Réu pode ser agraciado com as benevolências que a lei de execução penal garante ao condenado mesmo que pendente recurso apelativo. Por conseguinte, não seria necessário se falar em execução provisória da pena privativa de liberdade, mas apenas e tão somente em cumprimento de medida cautelar (prisão preventiva) quando presentes os requisitos ensejadores da medida (art. 312 do CPP).

Vários são os dispositivos legais que apontam a possibilidade do

preso provisório ter seus direitos resguardados na Lei de Execução Penal. Dentre eles a Resolução 113 do CNJ[1], o artigo 2º, parágrafo único[2] da própria Lei de Execução Penal e o enunciado da Súmula n.º 717[3] do Supremo Tribunal Federal.

Corroborando esse entendimento encontram-se os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 1612) afirmando que:

> No entanto, o STF, recentemente, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, entendendo só possível a prisão antes do trânsito em julgado com esteio no princípio da necessidade (feição cautelar), expurgando do ordenamento jurídico a possibilidade de se ter aquele instituto, embora seja possível a emissão de guia de recolhimento para fins de concessão de benefícios próprios de condenado com trânsito em julgado, nos termos da Lei de Execução Penal, com a cautela de não ofender o princípio da presunção de inocência, eis que só admitida prisão se presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Os autores se referem ao julgamento do HC n.º 84.078/STF da Relatoria do Ministro Eros Grau, no qual constatou-se a impossibilidade de cumprir prisão-pena antes de esgotados os meios hábeis a impugnar a sentença condenatória. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal antes do julgamento do HC n.º 126.292, objeto desse trabalho.

Interessante ressaltar o estudo do juiz federal e professor Sérgio Fernando Moro, o qual não compactua do entendimento esposado no HC n.º 84.078. Seguindo a linha defendida por Afrânio Silva Jardim, o magistrado (Sérgio Moro) não enxerga qualquer incompatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade.

O tópico seguinte abordará com mais profundidade o julgamento do HC n.º 126.292, debatido no Pleno do STF, em que a maioria dos ministros seguiu esse pensamento, ou seja, para eles (Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência quando da execução provisória da pena.

4 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292

No dia 17 de fevereiro de 2016, chegou ao plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do mérito do Habeas Corpus n.º 126.292. No *writ* discutia-se a legitimidade da prisão decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, após apreciação da insurgência (apelação) da defesa, manifestou-se no sentido de decretar a prisão-pena do Apelante, mesmo antes do trânsito em julgado do processo.

Insta salientar que o Réu, durante o transcurso processual em primeira instância, respondeu em liberdade, sendo, ao final, condenado pela prática do delito capitulado no artigo 157, § 2º, incisos I e II do CP (roubo majorado). Ressalte-se que o decreto prisional fora expedido com fundamento no cumprimento da prisão pena e não na segregação cautelar em sua modalidade de cárcere preventivo previsto no artigo 312 do CPP.

O Ministro Teori Zavascki, sorteado como relator do processo ora analisado, apreciou em 05/02/2015 o pedido liminar requerido pela defesa concluindo pela ilegalidade da prisão do Réu, de forma a suspendê-la mediante expedição de alvará de soltura. Entretanto, conforme teor do acórdão, no mérito, o mesmo votou pelo indeferimento do remédio constitucional, inclusive opinando pela revogação da liminar anteriormente concedida.

Tema de alta complexidade e de relevante interesse social, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação custou a ser levado ao plenário. Por 07 votos[4] (Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) a 04 (Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski), restou consignado a possibilidade do cumprimento de prisão pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença. Vejamos o teor da ementa, *in litteris*:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
> 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda

> que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
> 2. Habeas corpus denegado.
> (STF – HC 126.292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2015, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016)

O julgamento do mérito do *writ* em 17/02/2016, com sua posterior divulgação na imprensa, surpreendeu a comunidade jurídica em razão da mudança jurisprudencial e paradigmática que era adotada pela Suprema Corte até a presente data. Não por outro motivo, durante os debates realizados em plenário, fora discutido o alcance do princípio da não culpabilidade, muito conhecido também como presunção de inocência e estampado expressamente no artigo 5º, inciso LVII da CF/88.

Muito embora o acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 126.292 não seja de observância cogente perante os tribunais inferiores, a análise do supramencionado documento, bem como a reflexão acerca do alcance do princípio da não culpabilidade faz-se necessária, posto que a mudança jurisprudencial e paradigmática pode ser adotada como fundamento nas decisões de segundo piso, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, no sentido de expedir, de forma provisória, a execução da pena.

O voto do Relator, o Ministro Teori Zavascki, analisou o alcance do princípio da presunção de inocência em conjunto com a efetividade da função jurisdicional, concluindo que esse postulado constitucional não era absoluto, posto que a interposição de recurso especial ou extraordinário, em regra, não tem efeito suspensivo.

Para ele, o Supremo Tribunal Federal já havia consolidado o entendimento de que a execução provisória da pena não violava o "princípio da não culpabilidade". Prova disso se faz o julgamento do HC nº 68.726 (Relatoria do Ministro Néri da Silveira, 28/06/1991).

Não se deve corroborar com o entendimento do Excelentíssimo Ministro Relator (Teori Zavascki), muito pelo contrário, os recursos especial e extraordinário podem receber um tratamento diferenciado da regra e a eles serem concedidos efeito suspensivo, o qual deverá ser

pleiteado através de requerimento. Esses são os exatos termos do artigo 1.029, § 5º do Código de Processo Civil, *in litteris*:

> Art. 1.029. [...]
> § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:
> I- ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;
> II- ao relator, se já distribuído o recurso;
> III- ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

De fato, o STF já havia se debruçado sobre o tema (cumprimento provisório da pena), e durante os anos de 1991 a 2009, prevalecia a ideia de que a execução provisória da pena mesmo que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário era compatível com os preceitos constitucionais do princípio da não culpabilidade.

Prova disso se faz o julgamento dos seguintes *habeas corpus* no STF: HC 68.726 (DJ 01/08/1991); HC 70.662 (DJ 4/11/1994); HC 71.723 (DJ 16/6/1995); HC 74.983 (DJ 29/08/1997); HC 72.366 (DJ 26/11/1999); HC 79.814 (DJ 13/10/2000); HC 80.174 (DJ 12/4/2002); RHC 84.846 (DJ 5/11/2004); RHC 85.024 (DJ 10/12/2004); HC 91.675 (DJe de 7/12/2007).

A guinada jurisprudencial sobre o tema ocorreu durante o julgamento, pelo Plenário do STF, do HC 84.078[5], restando consubstanciado que o princípio da não culpabilidade se mostrava incompatível com a execução de sentença antes que ocorresse o trânsito em julgado da condenação.

Por esses motivos, durante os anos de 2009 a 2016, vigeu a interpretação constitucional, a qual se filia este trabalho, no sentido de que não seria possível a prisão pena do condenado sem que este tivesse exaurido todos os meios de impugnação da sentença. Excepcionalmente, a prisão seria na espécie de medida cautelar quando presentes os requisitos do artigo

312[6] do CPP e não em sua modalidade de pena.

Entretanto, conforme já mencionado, o julgamento do HC 126.292 perante o Pleno do STF, divergiu da jurisprudência adotada pela corte nesses últimos anos. Não por outro motivo, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (Ricardo Lewandowski) desconsiderou o teor do acórdão prolatado no HC 126.292 e julgou, monocraticamente, em sede liminar, o HC 135.752[7] de modo sobrestar a prisão pena do paciente.

O HC 135.752/STF fora protocolado e distribuído durante o mês de Julho de 2016, período em que o Supremo encontra-se em recesso forense[8], por isso foram os autos conclusos ao Ministro Presidente nos termos do artigo 13, VIII do RISTF[9]. O caso, por ser similar ao do HC 126.292/STF recebeu tratamento isonômico ao dado por este presidente (Ricardo Lewandowski) quando proferiu seu voto no julgamento do HC 126.292.

Nesse sentido, o Presidente do STF ao analisar o pedido liminar nos autos do HC 135.752, afirmou que a decisão do HC 126.292 não se reveste de força coercitiva, ou seja, não possui eficácia vinculante, posto que fora decidido em processo objetivo. Por isso, resolveu manter o posicionamento que vinha sendo adotado pelo órgão no sentido de não compactuar com qualquer execução provisória da pena.

O Ministro Celso de Mello, o qual teve voto vencido, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski no HC 126.292, quando instado a se manifestar nos autos do HC 135.100[10], ratificou seu posicionamento para afirmar que nenhum ser humano pode ser tratado como se culpado fosse sem que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado.

Em suma, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, no julgamento do HC 126.292, opinaram pela compatibilidade do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena sob o argumento de que a sentença condenatória confirmada em segundo grau de apelação seria meio idôneo para se iniciar a execução da pena.

Para esses 07 ministros, durante o julgamento de segundo grau são exauridas as possibilidades de exame sobre os fatos e provas da causa, desta forma o juízo de culpa estaria fortemente lastreado a fim de já se iniciar o cumprimento da prisão-pena antes mesmo que se julgasse eventuais recursos especiais e extraordinários.

De outro modo, os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso

de Mello e Ricardo Lewandowski argumentaram que o princípio da presunção de inocência é expresso e claro tanto na CF, bem como em leis ordinárias como o próprio CPP, de modo que a prisão do condenado antes de sobrevir o trânsito em julgado da sentença seria uma afronta ao postulado constitucional.

Observa-se que a ideologia seguida pelos ministros vencidos no julgamento do CH 126.292/STF é a que melhor se enquadra no caso em apreço, o princípio em análise é deveras claro ao afirmar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Ademais, o próprio Código de Processo Penal reproduz os dizeres da Magna Carta, acrescentando que a prisão pena não poderá ocorrer sem que tenha existido o trânsito em julgado da sentença condenatória, vejamos:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Impende destacar ainda que a presunção de inocência fora fruto de uma árdua batalha, sendo uma conquista não apenas dos Réus em processo criminal, mas de toda a população brasileira. Qualquer tentativa de diminuição ao cerceamento de direitos e garantias fundamentais é uma afronta à Constituição Brasileira e ao fundamento do Estado Democrático Brasileiro que é a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, conforme anteriormente dito, teve como objetivo principal a análise do julgamento do HC nº 126.292/STF, bem como a influência dessa decisão sobre a execução provisória da pena. Para tanto se fez necessária a conceituação do instituto da execução provisória e o estudo do princípio da não culpabilidade.

Em verdade, após a averiguação acerca dos votos dos ministros do

Supremo Tribunal Federal em conjunto com o princípio da presunção de inocência e as regras do instituto da execução penal tem-se como destoante do ordenamento jurídico pátrio o acórdão proferido nos autos do HC n.º 126.292/STF.

Ademais, a posição dos 07 (sete ministros) que votaram a favor da execução provisória da pena rompeu com a linha jurídico-dogmática adotada pelo STF dentre os anos de 2009 a 2016. Entretanto, é cediço observar que quando um tribunal tem o interesse de mudar seus precedentes deve apresentar uma argumentação jurídica capaz de colocar como inadequada a posição anteriormente tida como certa.

Ocorre que quando da prolação dos votos vencedores, os ministros limitaram-se a fundamentar a decisão pela interpretação semântica do art. 5º, LVII da CF (Princípio da Não Culpabilidade) e aposição de jurisprudência sobre tema dos anos de 1991 a 2009, que já havia sido superada.

Portanto, tem-se como acertada a posição defendida pelos 04 ministros prolatores dos votos vencidos, a saber, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, os quais afirmam a incompatibilidade da execução provisória da pena ante o princípio da presunção de inocência, de modo que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória se afigura como uma verdadeira restrição de direitos não autorizada pelo sistema constitucional.

___

THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE PENALTY AND THE PRINCIPLE OF NON-GUILTY: THE PARADIGMATIC CHANGE IN THE JUDGMENT OF HABEAS CORPUS NO. 126,292 IN THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT: This work has as desideratum analysis of the judgment of Habeas Corpus number 126,292 before the Supreme Court in which it had examined the possibility of fulfillment of provisional prison sentence before the confirmation of the sentence for second degree of jurisdiction, but without who has given final judgment of the case. The article had entered yet, even if very briefly the concepts of principle of not guilty and institute criminal enforcement in order to know about the legality or otherwise of the prison sentence still outstanding that special and / or extraordinary resources.

KEYWORDS: Provisional Execution of the Sentence. Principle of Non Culpability. Sentence transited in rem judicatum.

Notas

1 A Resolução nº 113 do CNJ dispõe sobre o procedimento relativo à execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, abarcando a possibilidade de emissão de guia de recolhimento provisório do sentenciado ainda que pendente recurso.

2 Art. 2º, parágrafo único da Lei nº 7.210/84: Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

3 Súmula 717 do STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

4 JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas, 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 01/06/2016.

5 Data de Publicação no DJE 26/02/2010 - ATA Nº 4/2010. DJE nº 35, divulgado em 25/02/2010.

6 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

7 CANÁRIO, Pedro. *Presunção de inocência*: Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski. Conjur, 27 de Julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/jurisprudencia-proibe-prisao-antecipada-lewandowski?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 28/07/2016.

8 Portaria nº 112 de 14 de Junho de 2016: estabeleceu o período que o STF se encontraria em recesso forense e os prazos processuais ficariam suspensos.

9 Art. 13. São atribuições do Presidente:
VIII – decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar;

10 GALLI, Marcelo. *Sem trânsito em julgado*: Prisão após decisão de 2º grau ofende presunção de inocência, diz Celso de Mello. Conjur, 4 de Julho de 2016. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/prisao-antecipada-ofende-presuncao-inocencia-celso-mello. Acesso em 06/07/2016.

REFERÊNCIAS

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 02/06/2016.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. *Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/

Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 02/06/2016.
BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 (*Código Penal*), de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 (*Código de Processo Penal*), de 03 de Outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.
BRASIL, Lei nº 7.210 (*Lei de Execução Penal*), de 11 de Julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.html >.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2015, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 68.726, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 135.100, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento da Medida Cautelar: 01/07/2016, Decisão Monocrática.
CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski. Conjur, 27 de Julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/jurisprudencia-proibe-prisao-antecipada-lewandowski?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 28/07/2016.
CUNHA, Rogério Sanches. *Lei de Execução Penal*. 5. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

GALLI, Marcelo. Sem trânsito em julgado: Prisão após decisão de 2º grau ofende presunção de inocência, diz Celso de Mello. Conjur, 4 de Julho de 2016. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/prisao-antecipada-ofende-presuncao-inocencia-celso-mello. Acesso em 06/07/2016.
JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas, 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 01/06/2016.
TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Salvador: JusPodivm, 2015.

A ANTECIPAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Márcia Jaqueline Oliveira Santana*

RESUMO: O artigo pretende abordar a possibilidade de concessão do perdão judicial previsto no art. 121, §5º do CP na fase de inquérito, sem a necessidade de oferecimento de denúncia e instrução judicial do feito. A autora do presente trabalho se deparou com um caso prático em que os elementos constantes da fase inquisitorial eram suficientes para indicar que o caso provavelmente resultaria em uma sentença que concede perdão judicial ao autor de homicídio culposo em relação ao filho e se deparou com a necessidade de questionamento acerca da necessidade de oferecimento de denúncia e tramitação de ação penal no caso concreto. Para solucionar a questão, tornou-se necessária a ponderação de princípios tais como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o princípio de humanidade com a consideração de que a submissão do autor do fato ao processo penal também pode causar lesões físico-psíquicas ao denunciado e até que ponto o processo penal seria garantia à parte ré, já que poderia ser absolvida ou imposição de sofrimento desnecessário. Tais indagações tornaram-se possíveis com a constitucionalização do direito penal e processual penal a fim de estes observem os limites impostos pela Constituição e promovam os fins ditados pela Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio. Obrigatoriedade. Ação penal pública. Humanidade. Perdão judicial. Homicídio culposo.

INTRODUÇÃO

Será tratado neste artigo um caso real de homicídio culposo e portanto, serão informados os dados básicos do caso concreto para auxiliar na utilização e na aplicação dos princípios atinentes a hipótese

* Membro do Ministério Público de Sergipe, mestranda em Constitucionalização do Direito na UFS, com especialização em Ciências Criminais pelo Instituto Excelência/Juspodivm e em Direito do Estado pela Faculdade Bahiana de Direito.

levantada para verificar a possibilidade de antecipação de perdão judicial sem o oferecimento da denúncia e tramitação da ação penal. Portanto, serão relatados alguns detalhes da situação real, preservando-se o sigilo das pessoas envolvidas.

O homicídio culposo decorreu supostamente de negligência, a criança de 18 meses provavelmente ingeriu substância que mata carrapatos, no momento da ingestão, esta estava em ambiente diverso da casa sem a vigilância direta de um adulto, quando engatinhou em direção ao adulto apresentou sintomas estranhos tais como espumamento pela boca e desmaio, além de odor forte nos dedos. Foi levada ao hospital local e regional, porém não sobreviveu. O envenenamento não ficou comprovado por perícia já que não houve laudo toxicológico nos autos e a causa da morte no laudo cadavérico foi insuficiência respiratória e o laudo do exame patológico indicou congestão vascular intensa e edema alveolar focal e difuso e enfisema pulmonar como causa mortis. A genitora confessou que deixou a criança desassistida e que esta provavelmente ingeriu o produto carrapaticida presente na cozinha da casa da avó materna. Registre-se que estas não residiam no endereço onde ocorreu o acidente e estavam ali em curta estadia.

Em análise superficial, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o bem jurídico vida protegido pela tipificação do homicídio culposo exigiriam a proposição de uma ação penal pública no caso citado, já que estavam presentes os indícios de autoria e materialidade do crime a não indicar quaisquer hipóteses de arquivamento do inquérito judicial por ausência dos elementos necessários a uma ação. O bem jurídico protegido vida afastaria a aplicação dos princípios da intervenção mínima e da adequação social já que não se discute que a vida deve ser resguardada pelo Direito Penal.

A leitura dos artigos 120 e 121, §5º do CP, por sua vez, sugerem a necessidade de sentença para aplicação do perdão judicial e razoável instrução do feito para não aplicação da pena nos casos em que as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Usualmente, a submissão do réu a um processo penal é visto como uma garantia processual de que este só será condenado caso as provas submetidas ao contraditório sejam suficientes e adequadas para um decreto condenatório, o que reafirma a regra da presunção de inocência.

No entanto, a constitucionalização do direito, fenômeno que reforçou a eficácia dos direitos fundamentais e a irradiação dos seus dispositivos a toda ordem jurídica, exige uma filtragem constitucional de todas as normas hierarquicamente inferiores à CF e a utilização de métodos mais abertos para o raciocínio jurídico, que podem conduzir a uma solução diferente da estatuída na lei.

Assim, por força da constitucionalização do direito é possível fazer uma releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal e verificar que neste caso há uma colisão com o princípio humanitário. Vislumbra-se também que responder a um processo penal pode ser causa de sofrimento e, portanto, o processo penal deve ser justificado. É preciso verificar se no caso concreto a antecipação do perdão judicial à fase inquisitorial traz benefícios à parte, já que poderia advir do processo penal a absolvição seja por ausência/insuficiência de provas e até que ponto é o perdão judicial antecipado mais benéfico, uma vez que não se pode interpretar de forma ampliada a norma penal para prejudicar o réu.

Para todas essas considerações, serão analisadas a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição, a ponderação de princípios e a irradiação das normas e valores constitucionais especialmente na seara penal e processual penal.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização do direito é um fenômeno que está ocorrendo no Brasil após a Constituição Federal de 1988, em que a Carta Magna é considerada documento normativo que funda a ordem jurídica e os direitos fundamentais nela consagrados devem ter eficácia, influência e efeitos em todo o ordenamento jurídico. Tanto as normas anteriores à Carta Magna devem ser com ela compatíveis, sob pena de reconhecimento de revogação, como as normas editadas posteriormente a CF devem se adequar aos seus preceitos sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade. Assim, a força normativa da Constituição repercute em todos os Poderes Estatais que devem observar os limites impostos e devem promover os fins ditados pela Carta Magna.

Para Daniel Sarmento, essa mudança se relaciona a emergência de um novo paradigma na teoria e na prática dos tribunais que se designa neoconstitucionalismo, visto por aqui após a Constituição de 88 que

acarreta o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito, rejeição ao formalismo e recurso a estilos abertos de raciocínio jurídico como a ponderação tópica e teorias da argumentação, a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente os direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento, penetração da filosofia no debate jurídico e uma judicialização da política e das relações sociais (2016, p. 1).

Se a rejeição ao formalismo e ao apego a letra da lei aliado ao recurso a métodos e estilos mais abertos de raciocínio jurídico, tais como ponderação tópica e teorias da argumentação podem promover decisões mais justas a alguns casos em que a literalidade legal não permitiria, há que se reconhecer que há riscos tais como os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto brasileiro em que o jeitinho e o compadrio são marcas distintivas, aliado ao caráter elitista do Judiciário com juízes não eleitos e que não respondem diretamente ao povo (SARMENTO, 2016).

Daniel Sarmento argumenta que o eixo central do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico com articulação de complexas teorias da argumentação que demandam fundamentação de suas decisões, no entanto a prática judiciária brasileira não se porta desta maneira já que a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões (2016, p. 15).

A recepção parcial das teorias jurídicas pela prática judiciária brasileira também é notada por Virgílio Afonso da Silva quando este alerta a distorção de algumas ideias desenvolvidas por Robert Alexy já que este faz distinção entre princípios e regras, distinção que não é sempre compatível com as definições usuais desses conceitos na doutrina brasileira (SILVA, 2014, p. 29).

Para Robert Alexy há distinção entre princípios e regras, princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas, então a realização dos princípios varia em grau e entre princípios haveria colisão e não conflitos, já regras devem ser realizadas sempre por completo e entre regras usualmente há conflitos, em que a validade de uma normalmente incorre na invalidade da outra (2015, p. 90-92).

Virgílio Afonso da Silva aponta que se utiliza a referida distinção de

Alexy e simultaneamente se faz a utilização do termo princípio no sentido tradicional de normas mais fundamentais do sistema, enquanto regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam caráter mais instrumental e menos fundamental (2003, p. 613).

Neste trabalho, se intentará seguir a distinção de Robert Alexy entre princípios e regras, assim como explicitar porque a obrigatoriedade da ação penal foi considerada como princípio e a sujeição desnecessária ao processo penal foi considerada ofensa ao princípio humanitário, uma vez que para este autor são as condições do caso concreto que tornam um princípio prevalente ao outro e que modificadas as condições a precedência de um princípio sobre o outro pode ser modificada (2015, p. 94).

Desta forma, inicialmente se discorrerá como e porque os princípios aplicáveis ao caso foram escolhidos e porque foram aqui considerados como princípios e não regras. Adiante, se fará a ponderação dos princípios escolhidos em conformidade com as condições apresentadas no caso concreto exposto na introdução do trabalho, assim como suas possíveis repercussões.

3 DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Foi considerada a obrigatoriedade da ação penal como princípio, uma vez que não consta de qualquer regra expressa, é uma construção doutrinária, princípio que inspira algumas regras jurídicas tais como o art. 129, I da CF, que coloca como função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei e os artigos 24, 28, 29, 42, 47, 257 e 576 do CPP que sugerem uma obrigatoriedade de promoção da ação penal pelo órgão acusador.

De forma geral, a doutrina jurídica brasileira, tais como Afrânio Silva Jardim, Hélio Tornaghi e Mirabete, de maneira formalista e acrítica, atribui ao princípio da obrigatoriedade da ação penal sentido absolutamente inflexível, concebendo o Ministério Público como um autômato formalizador de denúncias. José Frederico Marques admite a regra da oportunidade da ação penal pública quando o promotor decide pelo arquivamento (GAZOTO, 2003, p. 90-92).

Para Afrânio Silva Jardim esse dever legal de o Ministério Público propor ação penal condenatória é uma decorrência do princípio da

legalidade que informa a atuação de todos os órgãos públicos do Estado de Direito (1998, p. 48).

Para Luís Wanderley Gazoto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público e não do princípio da legalidade, porque o princípio da legalidade não significa que o agente público só possa fazer o que está expressamente previsto em lei e significa que o cidadão não poder ser molestado pelos agentes públicos em sua individualidade sem que tal atividade tenha fundamento legal (2003, p. 103-104).

Considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública se enquadra na definição de Alexy, uma vez que se apresenta como mandado de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal se adequa perfeitamente ao conceito exposto, uma vez que em diversas situações este não se aplica inteiramente cedendo espaço a outros princípios, quando é o caso de arquivamento de inquérito, por não haver justa causa para ação penal (art. 18 do CPP) e quando se oferece transação penal e não é iniciada a ação penal pública (art. 76 da Lei nº 9.099/95).

Neste ponto, se discorda do que afirmado por Afrânio Silva Jardim de que o princípio da obrigatoriedade não admite aplicação parcial sob pena de se desconfigurar e o art.76 da Lei nº 9099/95 não teria mitigado o princípio da obrigatoriedade, porque só surgiria o dever de propor ação penal pública quando preenchido os pressupostos legais da ação (JARDIM, 1998, p. 53), uma vez que partindo da definição de princípio de Alexy é perfeitamente possível a aplicação de princípio em graus variados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso, sem que essa diminuição de aplicação de determinado princípio configure desfiguração do princípio, já que este não é regra, que se aplica na base do tudo ou nada (ALEXY, 2015, p. 90-91).

O princípio da legalidade ou obrigatoriedade, também chamado de princípio da necessidade, ditaria ao Ministério Público que este não tem um juízo discricionário ou valorativo, quando se trata de promover ação penal pública. Presentes os pressupostos, ou seja, havendo elementos que demonstrem existência do crime, indícios suficientes de autoria, o promotor deve agir oferecendo a denúncia, a sua omissão pode ser

considerada crime de prevaricação (FELÍCIO, 2013, p. 52).

No Brasil, a rigidez da obrigatoriedade da ação penal pública é absoluta, não se defende posição especificamente contrária, como se o promotor pudesse gozar de disponibilidade da ação penal pública, mas de que o exercício da ação deve ser submetido ao crivo constitucional do princípio da eficiência das instituições públicas e dos instrumentos que estas instituições dispõem para atingir seus maiores interesses. Assim, se algum fato revelar que o oferecimento da denúncia não é conveniente para o bem público, o órgão acusador não deve propor a ação penal (GAZOTO, 2003, p. 93).

Para Carlos Eduardo Felício, ao promover a ação penal não se garante o direito do ofendido, mas da coletividade. A necessidade do processo penal deriva do caráter público, impessoal e do interesse indisponível tutelado (2013, p. 24-25).

Considera-se que a obrigatoriedade da ação penal se vincula ao princípio da legalidade, mas é um mandado de otimização, não sendo uma regra, que se aplica na base do tudo ou nada, em algumas situações descritas em lei ou que outros princípios exijam precedência, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública deve ceder. Considerar que sua aplicação decorre da indisponibilidade do interesse público, não parece razoável, pois pode haver interesse público na não propositura da ação penal, como a precedência do princípio humanitário, por exemplo, razão pela qual, supor que decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público é posição que enrijece mais o princípio do que o adequa a constitucionalização do direito.

É possível também, seguindo as lições de Luigi Ferrajoli, considerar que a existência de uma causa de extinção de punibilidade (o perdão judicial consta no rol de causas de extinção de punibilidade - art. 107, IX do CP), é condição de não proceder, como se sua existência paralisasse o exercício da ação penal, impedindo o seu início ou persecução, ocorrendo a mesma situação que decorre da ausência de representação na ação penal pública condicionada, onde não existiria por completo o dever de agir, não incidindo assim o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao caso (2002, p. 460).

No entanto, no caso concreto exposto na introdução, tal solução pode incorrer em uma proteção deficiente do bem jurídico vida, algo que não se coaduna com um ordenamento constitucional que deve proteger

intensamente o bem jurídico mais relevante.

Da mesma forma, não se pode falar que atenderia a eficiência das instituições públicas para atingir seus maiores interesses, não propor a ação penal pública no presente caso ou que não seria conveniente para o bem público.

Assim, considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal persiste, que decorre do princípio da legalidade, mas é um mandado de otimização que colidindo com outros princípios mais relevantes pode ceder, especialmente se confrontado com princípios que sejam diretamente relacionados a direitos fundamentais, porque estes são os valores centrais da atual ordem constitucional.

4 DO PRINCÍPIO HUMANITÁRIO

O princípio humanitário foi considerado como princípio, uma vez que não consta de qualquer regra expressa, é uma construção doutrinária, princípio que inspira algumas regras jurídicas tais como o art. 5º, III da CF, que veda a submissão de alguém a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, assim como art. 5º, XLVII da CF, que veda pena de morte salvo em caso de guerra declarada e penas cruéis, de trabalho forçado, de caráter perpétuo ou de banimento ou cruéis.

Relaciona-se de certa forma com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas é aqui considerado mandamento de otimização uma vez que a pena privativa de liberdade permitida no nosso ordenamento jurídico causa dano e dor a pessoa presa e a seus familiares, especialmente considerando a realidade do nosso sistema carcerário de superlotação, ainda assim é considerada punição constitucionalmente válida e fundada na Constituição no seu artigo 5º, XLVI, alínea "a", XLVIII, XLIX e L da CF.

A crueldade das penas não pertence de forma exclusiva ao passado, a pena de morte ainda está presente em quase todo o mundo, atualmente em 129 países e em 18 países apenas em tempos de guerra, inclusive o Brasil (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

O princípio da humanidade postula na pena uma racionalidade e uma proporcionalidade vinculada ao processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, intervenção mínima e lesividade. O princípio humanitário intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, a racionalidade implica que ela tem compatibilidade com o humano e

com suas cambiantes aspirações (BATISTA, 2007, p. 98-100).

Para Luigi Ferrajoli, a formalização legal da pena constitui pressuposto essencial também para sua minimização conforme o critério humanista e utilitário que transformaria nula a pena imposta sem necessidade. Toda pena qualitativa e quantitativamente supérflua porque maior do que o suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu pode ser considerada lesiva a dignidade da pessoa humana. Esta medida é o limite máximo que não deve ser superado sob pena de reduzir o réu à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias (2002, p. 317-319).

Pode-se dizer que a Carta Magna faz em seu bojo a ponderação de princípios e dispõe que haverá pena privativa de liberdade, mas o réu será processado e sentenciado pela autoridade competente e só será privado da liberdade com o devido processo legal com direito a contraditório e ampla defesa, inadmitindo prova obtida por meio ilícito e apenas considerando o sujeito culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º XLVI, alínea "a", LIII a LVII da CF).

Desta forma, verifica-se que o princípio humanitário é um mandado de otimização, que pode ser aplicado em graus variáveis a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto e colidindo com outro princípio poderá ter uma aplicação moderada por exemplo, uma vez que não se descura que a pena privativa de liberdade causa dor e sofrimento, mas o princípio humanitário ainda se aplica a este sujeito impedindo que seja tratado de forma cruel, que seja condenado a trabalhos forçados ou que seja condenado a pena perpétua.

4.1 SUJEIÇÃO AO PROCESSO PENAL COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO HUMANITÁRIO

A sujeição de alguém a um processo penal não pode ser, por si só, considerada como violação ao princípio humanitário, conforme descrito no art. 5º, inciso LIV da CF, o devido processo legal é uma garantia de que ninguém vai ser privado da liberdade ou de seus bens de modo inadequado, é um momento em que o direito de punir do Estado tem precedência ao direito de liberdade do indivíduo.

O direito ao contraditório, a ampla defesa e vedação de utilização de provas ilícitas também se tratam de garantias ínsitas ao devido

processo legal, que determina que a sujeição de alguém ao processo foi recepcionado como garantia, assim como o monopólio da acusação pelo Estado, também se reveste de garantia, em que se afastaria a vingança privada.

A regra da submissão a jurisdição que exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação, postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação, representa o fruto de uma opção garantista a favor da imunidade dos inocentes ao custo da impunidade de alguns culpados (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Para Carlos Eduardo Felício, no processo penal prepondera a característica de autolimitação do Estado do que de instrumento de persecução criminal, a finalidade não é a efetividade do Direito Penal e sim estabelecer garantias ao cidadão frente ao arbítrio do Poder Público já que dispõe de regras procedimentais. Assim, o fundamento do processo penal seria o resguardo da liberdade do réu (2013, p. 4-5).

No entanto, sabe-se que aquele que é submetido a processo e julgamento não se sente assim tão confortável por fazer parte daquela situação jurídica, sentimentos como vergonha, ansiedade, receio do julgamento e dificuldade de entender a linguagem formal dos operadores do direito acometem a maioria das pessoas que se encontram nesta sujeição processual.

A legitimidade da função judiciária residente nos vínculos legais impostos pela lei em garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos é sempre parcial e imperfeita. Mesmo no melhor dos sistemas, é não somente cognitiva, mas potestativa, em alguma medida, por causa da discricionariedade que sempre intervém na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato e na determinação da extensão da pena. Ao juiz e ao titular da acusação, a lei confere espaços mais ou menos amplos de poder de disposição. Para o promotor, o momento mais potestativo de toda atividade processual é a iniciativa penal (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Howard Zehr relata que ao longo do processo criminal as lesões e necessidades da vítima e do ofensor são negligenciadas e podem até ser agravadas, porque dentro do processo o fenômeno do crime é maior do que a vida (2014, p.61).

É difícil ver na prática processual, réus se sentindo garantidos por

responderem a um processo penal com contraditório e ampla defesa, os sentimentos mais comuns são apreensão, receio, medo, ansiedade, vergonha e desconfiança, que podem se prologar no tempo, porque não há prazo mínimo ou máximo para a finalização de um processo penal, o que de certa forma, prolonga essa situação que causa dor e sofrimento moral.

Culpa e punição são os fundamentos do sistema judicial, as pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram, somente pela dor as contas terão sido acertadas e ironicamente, esse foco em inflingir dor pode interferir com o foco de estabelecimento de culpa, uma vez que a ameaça da punição faz com que os ofensores relutem em admitir a verdade (ZEHR. 2014, p. 72-73).

Devem-se adicionar as penas legais assinaladas nas estatísticas oficiais a cifra negra das humilhações e violências, extralegais e extrajurídicas que acompanham a execução penal, o exercício das funções policiais e judiciais em todo o mundo (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

A atividade jurisdicional é não garantista porque não legitimada democraticamente e quanto a carência dessa legitimação, podem ser concebidos alguns corretivos como referência aos valores constitucionais, do princípio de liberdade ao princípio da proteção dos sujeitos mais fracos, a presunção de inocência, a exposição de todas as atividades jurisdicionais ao controle público mediante a máxima publicidade e constante exercício, em sede científica e política, da crítica às desviações judiciárias (FERRAJOLI, 2002, p. 440).

Não obstante, todas as garantias legais e processuais estabelecidas em lei, o cidadão comum tem medo e desconfiança do que pode lhe advir ao enfrentar um processo penal. O receio de uma injustiça ou de uma punição exagerada, a ignorância dos ritos e da linguagem utilizada, a própria falta de noção de que a conduta realizada constitui crime em um ordenamento inflacionado de condutas tachadas como criminosas não é incomum, o que leva a um sentimento que nem sempre revela o disposto na legislação, do processo como uma garantia da liberdade do réu.

No caso concreto, exposto na introdução, o responsável pelo ato já havia admitido a culpa pelo episódio que resultou na morte de seu filho, em sede policial. Estava assentado no inquérito que a ingestão de carrapaticida pela criança ocorreu em ambiente doméstico diferente daquele em que viviam mãe e filho, razão pela qual se visualiza a

dificuldade de terem sido tomadas todas as precauções devidas a fim de evitar a ingestão da substância pela criança, retirando-o produto da sua zona de alcance, por exemplo.

Houve negligência em deixar uma criança desassistida, no entanto, isso não indica uma personalidade negligente e sim um episódio de negligência.

Desta forma, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, é possível verificar que a sujeição do autor do homicídio culposo a um processo judicial em que as circunstâncias do fato o atingiram tão gravemente a ponto de tornar inexigível a sanção penal, estando presentes todos os elementos indicativos de ser hipótese de perdão judicial, importa em infligir mais dor ao ofensor por meio da submissão ao processo.

Logo, vislumbra-se que o princípio humanitário permite que seja ampliado o sentido do art. 129, §5º do CP, a fim de verificar que não só a sanção penal tornou-se inexigível em virtude das consequências do fato atingirem tão gravemente o ofensor, como o próprio processo penal também não se justifica no caso concreto.

Assim, há violação do princípio humanitário ao submeter o autor de homicídio culposo em que as consequências do fato o atingiram tão gravemente a um processo penal, porque não se pode descurar de que o processo penal é garantia, mas também é procedimento que causa dor e portanto, deve ser justificado e necessário.

4.2 ANTECIPAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NA FASE INQUISITORIAL OU POSSIBILIDADE DE RESULTADO ABSOLVIÇÃO AO FIM DO PROCESSO PENAL – O QUE É MAIS BENÉFICO AO INDICIADO/RÉU?

Há de se considerar a hipótese de que a antecipação do perdão judicial para a fase do inquérito induz ao reconhecimento de culpa sem a submissão do réu ao processo judicial e suas garantias correlatas. Pode-se vislumbrar a hipótese de que o resultado final do processo incorra em absolvição e não em perdão judicial, desta forma há a possibilidade, mesmo que ínfima, de absolvição ao final do processo e talvez isso seja mais benéfico ao réu do que submetê-lo a um perdão judicial antecipado, essa chance poderia levar a intenção de se submeter ao processo e correr o risco de obter perdão judicial, absolvição ou condenação.

Essa hipótese não é completamente irrazoável já que muitos veem o processo penal como uma garantia da liberdade do réu, procedimento que foi estabelecido para que este tenha direito a ampla defesa, contraditório, assistência de advogado e oportunidade de fazer sua defesa pessoal.

Para Afrânio Silva Jardim a estrutura acusatória do processo penal, a exigência de contraditório e a busca pela verdade real são alguns postulados básicos do Estado de Direito, em que o direito de punir é exercido de forma a resguardar a liberdade pessoal (1998, p. 17).

No caso concreto exposto na introdução, a prova principal decorreu da confissão do autor corroborado com o de duas testemunhas, a prova técnica era insuficiente para um veredicto condenatório, no entanto, somente a negativa do autor em juízo não ilidiria sua responsabilização pela fato, já que havia duas testemunhas. Dividiremos os riscos dos resultados em baixo, moderado e alto. Consideramos assim que havia um risco baixo de absolvição, assim como um risco baixo de condenação e um risco alto de perdão judicial.

A Súmula 18 do STJ estabeleceu que a sentença que concede o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório. Com a aplicação dessa súmula, não há que se falar em quaisquer efeitos condenatórios a serem imputados àquele a quem foi concedido o perdão judicial, não gera reincidência e não conta como antecedentes.

Com a reforma penal de 1984, a inclusão do perdão judicial no rol das causas de extinção de punibilidade no art. 107, IX do CP, teve a intenção de retirar quaisquer efeitos condenatórios, tendo retirado explicitamente o efeito da reincidência no art. 120 do CP. O item 98 da exposição de motivos relata decisões contraditórias em nossos tribunais e a intenção de afastar dúvidas com essa estipulação no art. 107, IX do CP[1].

A ausência de quaisquer dos efeitos condenatórios e a equiparação do perdão judicial às hipóteses de extinção de punibilidade, que extinguem o direito de punir do Estado, é hipótese benéfica e que presente no caso concreto deve ser aplicada, não necessitando a sujeição ao processo judicial. Desta forma, considerando que o perdão judicial não traz nenhum efeito condenatório e implica em extinção do direito de punir do Estado, é hipótese tão benéfica quanto à absolvição, já que não há efeitos condenatórios, não justificando a submissão do réu ao processo, especialmente ao se considerar uma possibilidade baixa de absolvição.

5 PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Atendendo às lições de Robert Alexy, no caso concreto exposto na introdução, entram em rota de colisão dois princípios, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o princípio humanitário. Intentará se fazer a medição do grau de não satisfação ou de interferência em um princípio e se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não satisfação do primeiro. Será considerado em graus como leve, moderado e sério (2013, p. 297).

Caso oferecida a denúncia, o princípio humanitário sofreria interferência em grau moderado, não seria integralmente afastado ou seriamente atingido porque provavelmente não seria o réu submetido a uma condenação ou aplicação de pena, mas teria contra si uma ação penal, obrigação/direito de nomear um advogado e arcar com estes custos, poderia comparecer aos atos do processo e ao interrogatório, vivenciaria mais uma vez o ocorrido com o seu filho e teria que relatar o ocorrido para mais pessoas ou ficaria em silêncio ao ser questionado sobre o que ocorreu, haveria alegações finais e uma sentença e o tempo do processo não pode ser facilmente estimado, já que se trata de réu solto, sem qualquer motivo para andamento prioritário. Tal situação de submissão ao processo judicial poderia se estender por alguns anos.

Ao propor a ação penal, já que havia elementos suficientes de materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, o princípio da obrigatoriedade da ação penal seria integralmente aplicado, atingindo um grau de satisfação sério, não há que se falar em não-satisfação ou de interferência nesse princípio, nesta hipótese. Esse princípio seria satisfeito interferindo na satisfação do primeiro princípio de forma moderada.

A regra da não derrogação da jurisdição mesmo acompanhado do princípio da obrigatoriedade da ação penal não significa que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena. A ideia de uma perfeição e completude da intervenção judicial é antes a primeira ilusão a ser afastada (FERRAJOLI, 2002, p. 450).

A solução de oferecimento da denúncia e interferência moderada no princípio humanitário não parece se coadunar com a constitucionalização do direito, em que os valores constitucionais, especialmente os direitos fundamentais devem se irradiar a todos os ramos do ordenamento. Quando se coloca a dignidade da pessoa humana, como valor central do sistema e princípio que não admite ponderação, pois tem precedência

a qualquer outro princípio, a ideia é a valorização do ser humano e dos seus direitos fundamentais como finalidade a ser perseguida pelo Estado de Direito.

A importância de se dar precedência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal em detrimento do princípio humanitário, no caso concreto, não parece solução apta a justificar o resultado, não há presunção de um interesse coletivo na sujeição do réu a um processo judicial na hipótese apresentada.

Não se descura aqui que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido mal empregado e usado para embasar todo e qualquer tipo de decisão. Por esta observação e por considerar que é princípio que não admite ponderação, não se emprega neste caso concreto, até porque não se pode considerar como ofensa ao princípio da dignidade humana a submissão de alguém ao processo para fins de concessão do perdão judicial.

Considerar-se possível o arquivamento do inquérito policial com fundamento na antecipação do perdão judicial com bases no princípio da dignidade da pessoa humana, celeridade processual e economia processual (ROCHA, 2016, p. 10) também não parece a solução adequada, porque não se aplica ao caso o princípio da dignidade da pessoa humana como já explicitado e não deve ser a economia ou celeridade processual razões sensatas para adotar referida solução, uma vez que deve ter precedência os direitos fundamentais do acusado ao invés da celeridade e/ou economia processual.

Assim, ao não propor ação penal pública e opinar pela antecipação do perdão judicial para a fase do inquérito, o grau de não satisfação do princípio da obrigatoriedade da ação penal é sério. Sério porque como não é proposta a ação penal pública, a principal razão de ser do princípio é em si ofendida. No entanto, como mandado de otimização, em diversas possibilidades fáticas e jurídicas, este princípio é aplicado de forma reduzida, quando se opina pelo arquivamento por não presentes os pressupostos da ação penal (art. 18 do CPP) e quando se oferece a transação penal, esta é aceita e não se propõe ação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95). Logo o grau de interferência séria no princípio da obrigatoriedade não é situação extraordinária convivendo pacificamente no ordenamento jurídico.

Não se descura que muitos autores não consideram tais situações como aplicação reduzida do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Afrânio Silva Jardim aduz que o arquivamento do inquérito se impõe por faltar condição para o regular exercício da ação e assim não há obrigatoriedade do Ministério Público propor ação penal, uma vez que não surgiu o dever de agir (1998, p. 54). A transação penal não excepciona o princípio da obrigatoriedade da ação penal que permanece íntegro em nosso ordenamento (FELÍCIO, 2013, p. 88).

Adotando o conceito de Robert Alexy, verifica-se que é possível aplicação de princípios em graus variados e não se desnatura o princípio, quando pelas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto a aplicação de outro princípio que entra em rota de colisão com aquele, deve ter precedência.

Assim, ao não propor ação penal pública e opinar pela concessão do perdão judicial na fase do inquérito, por considerar que com aquele autor de homicídio culposo as consequências do delito o atingiram de forma tão grave que a sanção penal e o próprio processo penal se tornou desnecessário, há aplicação alta do princípio humanitário e um grau de interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Essa interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal se justifica a fim de dar prevalência ao princípio humanitário, uma vez que o processo penal tem características que sujeitam o denunciado à dor, ao sofrimento, a angústia e ao receio do que pode lhe advir como resultado final, sofrimento que pode se prolongar no tempo, o que torna este sofrimento ainda mais gravoso.

O delito em si cometido, homicídio culposo por negligência do filho de 2 anos já causa dor, sofrimento, perda, saudade e sentimento de culpa, suficientemente demasiados a ser enfrentado por qualquer ser humano, não se justificando um processo penal que lhe cause ainda mais sofrimento apenas para não afastar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Apresenta-se assim como solução adequada constitucionalmente ao caso, a não proposição da ação penal, a concessão antecipada do perdão judicial e a não sujeição do réu ao processo judicial a fim de dar precedência ao princípio humanitário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso concreto, o parecer ministerial foi acolhido pelo juiz competente para o feito, este considerou não haver sentido prolongar

a dor do réu com a tramitação da ação penal para fins de se conceder o perdão judicial apenas na sentença e que a dupla punição seria injustificável e assim concedeu antecipadamente o perdão judicial com arquivamento dos autos conforme art. 121, §§ 3º e 5º e art. 107, IX do CP c/c Súmula 18 do STJ.

Também já foi acolhida esta possibilidade em julgamento originário do 2º grau da jurisdição no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No voto vencedor, o relator argumenta que há discricionariedade do Ministério Público na sua atuação a fim de evitar que a obrigatoriedade da ação penal cause mais dano do que vantagem ao interesse público e o perdão judicial não é faculdade do juiz e sim direito público subjetivo do réu e assim, haveria ausência de utilidade na atividade persecutória do Estado o que demandaria o reconhecimento antecipado do perdão judicial (TJ-SC - INQ: 45531 SC 2007.004553-1, Relator: Carstens Köhler, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Inquérito n. 2007.004553-1, de Pinhalzinho.)

Percebe-se também que a inclusão do perdão judicial decorre de uma ponderação de bens, de um lado a proibição de proteção deficiente do bem jurídico vida, a impedir um arquivamento sumário, de outro lado a proibição do excesso que seria aplicação de pena a alguém que já sofre gravemente das consequências do seu ato. No entanto, não pode o Direito se descurar da realidade e colocar a submissão do réu ao processo penal com a faceta única de garantia. O processo penal também causa sofrimento, angústia, dor, danos morais e materiais, devendo sua imposição ser também justificada, assim como a pena, o processo penal também deve ser necessário.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal sofre uma releitura necessária, há quem inclusive o coloque como princípio da discricionariedade regrada ou princípio da oportunidade. O receio dessa abertura é sem dúvida, a prevalência da máxima popular, aos amigos, tudo e aos inimigos a lei. O arquivamento do inquérito e a concessão da antecipação do perdão judicial devem ser assim devidamente fundamentados para evitar arbitrariedades.

É completamente absurda a figura de um acusador público não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de persecução ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado. O caráter público da acusação importa sua obrigatoriedade pelos órgãos públicos competentes, que não deve ser

entendida como um irrealizável dever de proceder em todo e qualquer crime leve ou oculto (FERRAJOLI, 2002, p. 456-457).

O mais importante é desvelar que o processo penal também causa sofrimentos à parte e que portanto, deve ser proposta a ação penal pública quando preenchidos os elementos necessários e quando esta for necessária. Não se justifica a proposição obrigatória da ação penal com a consideração de que o interesse público exige o oferecimento da denúncia e a sujeição a jurisdição é garantia a liberdade do réu. Tal ideia não se coaduna com a realidade da prática judiciária em que vítimas e ofensores são negligenciados e não se sentem confortáveis ou atendidos com os papéis exercidos na seara processual.

Portanto, no caso exposto na introdução, a precedência do princípio humanitário e a interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal se justificam, uma vez que as possibilidades jurídicas e fáticas da hipótese demonstravam a inutilidade de causar mais sofrimento àquele cuja solução antecipada do caso o beneficiaria duplamente, com a não submissão a um processo e com o perdão judicial isento de quaisquer efeitos condenatórios.

THE ANTICIPATION OF JUDICIAL FORGIVENESS

ABSTRACT: This article reviews the possibility to concede judicial forgiveness before the judicial proceedings. Judicial forgiveness can be conceded in case of unintentional homicide when the crime consequences to the agent is so distressing that the judge refrains from inflicting a penalty of additional yet unnecessary punishment. This question came in an actual case in which the police investigation foresaw that it was a case for forgiveness rather than punishment, but the penal law requires judicial proceedings and a sentence. It was necessary to use a Constitutional approach to rise above the strict criminal approach on the basis that it was unconstitutional to inflict unnecessary harm on a citizen. It was necessary to analyze the apparent conflict between the principle that requires the prosecution to accuse whoever commits a crime and the humanitarian principle that prevents additional and unnecessary suffering in the judicial proceedings. The judicial proceedings was also considered as something that can do psychological harm to people and should be avoided in certain circumstances. These considerations can

only be viable through the Constitution's influence on the penal process of law that guides its goals and defines its parameters.

KEYWORDS: Principle. Mandatory accusation. Humanitarian. Judicial forgiveness. Unintentional homicide.

Nota

1 Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/L7209_84.PDF>. Acesso em 13 nov. 2016.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução da versão inglesa de Julian Rivers: Thomas de Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito***:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública***:** princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FELICIO, Carlos Eduardo. *Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. [S.l] Clube dos Autores, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública:* uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003

ROCHA, Alan Pierre Rocha. *O reconhecimento antecipado do perdão judicial como fundamento para o arquivamento do inquérito policial*. Disponível na Internet: <http://biblioteca.mppa.mp.br/phl82/capas/Min15.pdf>Acesso em 10 nov. 2016

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades***.** Disponível na Internet: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>Acesso em 11 nov. 2016

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito***:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.

O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Mariana Andrade Barbosa*

RESUMO: O presente artigo científico analisa a atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas com o objetivo de identificar se este poder estatal detém legitimidade para tanto. Na busca de informações a respeito do tema, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos científicos e na legislação constitucional. O estudo partirá da premissa de que o Estado Democrático de Direito, ora consolidado pela Constituição Brasileira, ao assumir compromissos de realização social, vinculou a consecução dos seus fins a todas as formas de expressão do poder, inclusive ao Judiciário. Buscará, assim, debater o assunto sob a ótima da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no caso de inércia ou omissão (ineficiência) dos poderes Executivo e Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem canalizando as insatisfações manifestadas pela sociedade no campo das políticas públicas. Um papel que originalmente foi conferido pela Constituição Brasileira aos poderes Executivo e Legislativo, passa a partir de então, a ser executado por outro poder. Apesar de apresentar-se como uma importante inovação para a sociedade, a atuação jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais ainda é um assunto polêmico.

A análise dos novos contornos do constitucionalismo brasileiro e bem assim, dos direitos e garantias fundamentais protegidos pelo sistema, de forma coerente, releva-se de suma importância para a compreensão da

*Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit).

possibilidade do controle, no sistema jurídico, das políticas públicas.

Para o desenvolvimento do estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos científicos e na legislação constitucional.

O presente artigo terá como objetivo demonstrar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário como efetivador das políticas públicas. Para tanto, abordará as características do atual Estado Democrático de Direito, levando em conta a sua nova conjectura, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático.

Será dado enfoque, ainda, ao postulado constitucional da separação de poderes, cuja interpretação deve ser flexível, de modo a afastar a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado.

Outrossim, ressaltará a importância dos limites para as intervenções judiciárias no âmbito dos demais poderes, que serão estabelecidos pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, e da reserva do possível.

Examinar-se-á, por fim, o fundamento de duas críticas lançadas à judicialização das políticas públicas na realidade brasileira, a saber, a possibilidade de riscos para a legitimidade da democracia e o risco de politização da justiça. Críticas estas que, conforme será visto, deverão ser afastadas.

2 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito constitui um dos princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, da CRFB/88). Entender o significado do referido preceito, revela-se de suma importância para o presente estudo, uma vez que ele constitui a base da efetivação das políticas públicas.

Passar-se-á, neste sentido, a uma concisa retrospectiva histórica dos principais acontecimentos que desencadearam no atual modelo estatal.

Na concepção liberalista, o Estado representava um empecilho à liberdade do indivíduo. De acordo com Bonavides:

> Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo, o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional

> como o maior inimigo da liberdade (BONAVIDES, 2007, p. 40).

Os pensadores liberalistas procuravam uma válvula de escape para toda intervenção do Estado na sociedade como um todo. A doutrina em testilha teve a sua concepção no século XVII, auge do absolutismo, sistema político vigente na Europa, durante a idade moderna, no qual todo o poder pertencia a um governante soberano.

Esta fase do constitucionalismo almejava valores como: o individualismo, o absenteísmo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo. Destaque-se que estes valores influenciaram profundamente as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891.

John Locke, um dos mais renomados filósofos liberalistas da época, sustentava que o Estado não deveria se preocupar com a situação econômica dos cidadãos, cabendo a eles mesmos observar as leis naturais que regulavam a economia. Para Locke, o Estado detinha a função principal de fiscalizar as atividades de seus súditos, as quais deveriam ser reguladas pelas leis naturais. (BOBBIO,1997)

Ainda acerca da visão filosófica de John Locke:

> A sociedade civil - ou política - não suprime a sociedade natural, porém a conserva e aperfeiçoa. É inútil acrescentar que essa configuração do Estado é que deu corpo à concepção do Estado Liberal, entendido como Estado negativo [...] Mais ainda, da idéia (sic) de um Estado cuja função principal é julgar imparcialmente nasceu a figura do Estado de direito, que se contrapõe ao Estado patrimonial de então, ou ao Estado ético posterior [...] (BOBBIO, 1997, p. 223-4).

A aplicação prática política das ideias liberalistas culminou no declínio do absolutismo e na passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, marcado essencialmente pelo respeito às liberdades individuais.

O Estado Liberal trouxe a difusão dos primeiros direitos fundamentais. O direito passa a ser normatizado nas leis e nas constituições, o Estado não deve mais atuar na esfera privada, o indivíduo que antes não tinha

domínio sobre si mesmo, agora passa a ter liberdade, liberdade essa consagrada normativamente. As pessoas, a partir de então, passam a contar com a elevação de sua dignidade social. Este período concretiza, portanto, uma igualdade formal na sociedade, cujos valores máximos são a propriedade, a vida e a liberdade.

Mencionados direitos, denominados doutrinariamente de direitos de primeira geração ou dimensão, foram consolidados em alguns documentos históricos como a Carta Magna de 1215, o Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1688) e a Declaração de Direitos Americana (1776).

Apesar do sucesso no alcance dos novos direitos de primeira geração/dimensão, grande parte da sociedade ainda permanecia fora do campo das decisões políticas estatais.

Quando da ruptura do sistema absolutista e a chegada da classe ascendente burguesa ao poder, esta formulou os princípios de sua revolta social e os impôs generalizadamente como ideais comuns a toda a sociedade.

Como bem ressalta Paulo Bonavides (2007), no momento em que a burguesia se apoderou do controle político os ideais comuns passaram a ser sustentados apenas formalmente, uma vez que na prática da aplicação política havia ideologias pertencentes a apenas uma classe.

O curso das irresignações da sociedade, portanto, detinha agora um novo alvo. O questionamento principal não era mais o intervencionismo estatal e a ausência de liberdade, mas a inexistência de participação de grande parte da sociedade nas decisões estatais. Pugnava-se, a partir de então, por um governo de todas as classes.

E não apenas isso, a liberdade que antes representava a saída das amarras do governo ilimitado de um soberano, com o passar do tempo conduziu a uma realidade que não tinha freios para graves situações de arbítrio no domínio econômico.

A nova perspectiva de absenteísmo estatal expôs a parte fraca e menos abastada da população às exigências exploradoras dos poderosos da época. O célere doutrinador Paulo Bonavides (2007) rememora com clareza um momento histórico marcante desta fase, qual seja, o primeiro período da Revolução Industrial, palco da desumana espoliação do trabalho.

E continua seus ensinamentos:

> Em face das doutrinas que na prática levavam, como

> levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas (BONAVIDES, 2007, p. 59).

Como bem ressaltado pelo autor encimado, não havia mais como serem mantidos os estritos preceitos do sistema liberal. Não se tratava de abandonar por completo aquela ideologia, mas de aperfeiçoá-la. Deveriam, sim, haver liberdades individuais, no entanto, referidas liberdades haveriam de ser reguladas pela intervenção estatal.

O Estado de direito, então, deixa de ser neutro e individualista para se transformar em um Estado Social de Direito. Modelo este que busca intervir na sociedade civil para atuar ativamente em diversos campos como promotor da justiça social, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais.

O novo modelo constitucional trouxe consigo um aprimoramento dos direitos fundamentais ora consolidados pelo Estado Liberal, implicando em sua materialização. A igualdade alcançada na primeira geração não foi suficiente para a melhoria da condição humana como um todo. Era preciso tratamento diferenciado para necessidades também diferenciadas.

O Estado tem ampliado, a partir de então, o seu campo de atuação para abranger funções associadas aos seus novos fins, fazendo entrar em cena direitos sociais, atrelados às mais diversas áreas como saúde, educação, segurança, lazer, entre outros.

De acordo com Paulo Bonavides (2007), o Estado social é um Estado intervencionista que atuará nas demandas sociais diante da impossibilidade do indivíduo, por circunstâncias alheias a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.

Este novo contexto societário de evidenciação de direitos sociais, culturais e econômicos mostra-se marcante em alguns documentos históricos, como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e o Tratado de Versalhes (1919).

No Brasil, o apogeu dos direitos sociais ocorreu com a proclamação

da Constituição Cidadã, que entrou em vigor em outubro de 1988. Referido instrumento normativo mostrou uma grande preocupação com as condições essenciais para uma existência digna, prevendo em seu bojo uma lista de valores supremos como o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar social.

O Estado social brasileiro, além de apresentar uma visão de justiça, traduz-se ainda em um Estado Democrático, ou seja, aquele que permite a autêntica participação do povo no processo político.

O Estado Democrático de Direito, previsto na CRFB/88, portanto, sobrepõe-se aos pensamentos liberalistas, no entanto não os abandona. Como bem ressalta José Afonso da Silva:

> É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, [...]. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade (SILVA, 2012, p. 121).

O Estado Democrático de Direito constitui-se, portanto, como um modelo estatal que abre as portas para transformações políticas, econômicas e sociais; que assegurará a liberdade, mas ao mesmo tempo buscará alcançar a justiça social através de seu viés intervencionista; e, ainda, proporcionará o acesso de todos na tomada de decisões políticas.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Uma das formas de intervencionismo do Estado ocorre através da execução de políticas públicas, as quais podem ser compreendidas como:

> [...] programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para

> a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI (Org.), 2006, p. 39).

Como explanado no capítulo anterior, o nascimento do Estado social de direito ocorreu, dentre outros motivos, pela impossibilidade de apenas uma parte da sociedade gerir, de acordo com os seus interesses, o restante dela.

A sociedade moderna apresenta uma característica marcante, qual seja, a diversidade de atributos. Diferenças como sexo, idade, cor, religião, escolaridade, poder econômico, interesses, valores e ideais, criam um ambiente propício ao conflito social. Celeuma que necessita da intervenção do Estado para ser solucionado.

As políticas públicas são conceituadas por muitos doutrinadores levando em conta justamente esta característica pacificadora. Para Secchi (2011), uma política pública possui dois elementos fundamentais: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Seguindo, ainda, os ensinamentos do citado autor, é possível afirmar que política pública possui uma definição abstrata que se materializa através de instrumentos variados para que orientações e diretrizes sejam transformadas em ações (SECCHI, 2011).

Referidos instrumentos podem ser facilmente ilustrados. Quando o governo atua na execução de um programa público habitacional, por exemplo, ele está executando uma política distributiva para solucionar o problema da falta de moradia para famílias de baixa renda; E ainda: quando uma lei é criada; quando são efetivadas campanhas publicitárias; quando o poder público presta algum tipo de esclarecimento à população; dentre outros tantos exemplos.

3.2 ATORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na definição dos atores participantes do processo de formulação de políticas públicas é necessário destacar que existem dois posicionamentos acerca do tema. Existem autores, como Smanio e Bertolin, que defendem uma visão estática.

De acordo com a referida vertente de pensamento, uma determinada política não pode ser considerada pública a menos que seja adotada por uma instituição governamental. Destacam, todavia, os referidos autores, que caso a sociedade civil tome uma iniciativa de relevante interesse público, esta poderá ser incorporada pela Administração Pública e implementada na forma de política pública. Advertem, entretanto, que a política apenas se tornará pública depois de, ao menos, ter sido chancelada pelo Estado como tal (Smanio; Bertolin, 2013).

A segunda vertente de pensamento, denominada de multicêntrica, entende que atores não estatais, como as organizações não governamentais, também podem estabelecer e liderar uma política pública. Pública, neste sentido, seria aquela política voltada à solução de problemas públicos, e não aquela, necessariamente concebida por atores de personalidade jurídica pública.

À corrente encimada, filia-se o célere doutrinador Leonardo Secchi. Em sua concepção: "essa abordagem tem aplicação em um espectro amplo de fenômenos, fazendo com que o instrumental analítico e conceitual da área de política pública possa ser aproveitado por mais organizações e indivíduos" (SECCHI, 2011, p. 3).

O presente estudo, em que pese a divergência apresentada, terá como foco apenas a atuação dos atores estatais na efetivação das políticas públicas, mais especificamente da administração pública, dos órgãos e poderes do Estado, o que torna desnecessário um aprofundamento quanto ao tema.

Pois bem. Os poderes estatais, na seara das ações públicas, têm atribuições pré-definidas no bojo da Carta Política.

Ao Poder Executivo, cabe a definição da política pública. A idealização é discricionária, mas sempre pautada em parâmetros constitucionalmente estabelecidos, o que afasta possível arbitrariedade no trato dos interesses públicos.

Ao Poder Legislativo cabe a edição de normas que irão estabelecer as condições de fruição concreta dos direitos. Pode, ainda, criar órgãos para propor e executar a política, como, por exemplo, um conselho ou uma autarquia (SMANIO; BERTOLIN, 2013).

O Poder Judiciário, embora não possua a função precípua de formular e implementar políticas públicas, poderá participar do processo, aprovando ou desaprovando uma determinada política à luz de parâmetros juridicamente vinculantes.

O poder encimado tem um papel derivado em sua atuação no processo de políticas públicas, uma vez que ela não ocorre de forma originária e direta. O seu papel, como bem preleciona Jean Carlos Dias: "depende da formulação prévia de uma política ou mesmo de uma omissão, quando evidente há um dever legal ou constitucional de produzi-la" (DIAS, 2016, p. 52).

Em outras palavras, pode-se dizer que aos juízes caberá decidir o direito apenas quando lhes for apresentado um conflito entre a norma e a efetivação das políticas públicas, preservando assim o princípio dispositivo, previsto nas normas processuais do direito civil brasileiro.

Quando, por exemplo, na implementação de uma política existe alguma violação aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, há margem para atuação judiciária. Atuação esta que poderá inclusive ultrapassar a mera análise da matéria para determinar a prevalência de objetivos e soluções com base na ponderação de princípios.

Secchi (2011) faz uma valiosa relação em seus ensinamentos acerca dos sistemas do *common law* (sistema anglo saxão) e *civil law* (sistema romano-germânico). No primeiro sistema citado, há uma maior necessidade de interpretação da norma jurídica a ser efetivada pelo Poder Judiciário, diante do menor detalhamento da norma, o que implica uma maior atuação deste poder na resolução de celeumas quanto a implementação de políticas públicas.

No segundo sistema (sistema romano-germânico), adotado pelo Brasil, ao contrário do que acontece no primeiro, há uma menor atuação judicial quanto à interpretação da norma, uma vez que essa se encontra mais detalhada. Tal fato, no entanto, não retira o papel interpretativo do Poder Judiciário, tendo em vista que por mais detalhado que um sistema seja, ele não terá o condão de prever todas as situações possíveis, abrindo espaço, portanto, para a valorização da atuação judiciária.

Os membros do Poder Judiciário, portanto, têm um importante papel na implementação das políticas públicas, verificando a justa aplicação da lei ao caso concreto e determinando as medidas cabíveis para solucionar os conflitos jurídicos existentes.

4 LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da separação de poderes é elencado na Constituição

Brasileira como um de seus princípios fundamentais. Consta do seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Referido princípio, entretanto, não é novidade trazida pelo ordenamento nacional. Há muito tempo, o entendimento esboçado por ele serve de alicerce para o controle dos poderes estatais, e consequente fiscalização entre os mesmos.

Como bem ressalta José Afonso da Silva:

> O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu (SILVA, 2012, p. 109).

Montesquieu tratou do referido princípio em sua obra "O Espírito das Leis". Defendia o filósofo que a liberdade dos indivíduos estava condicionada à divisão dos poderes do Estado. Elaborada em uma época liberalista, a teoria em testilha almejava assegurar a existência de um governo moderado. Mais do que isso, objetivava evitar abusos daqueles que por ventura viessem a concentrar em si o exercício dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Confira-se acerca do tema, os valiosos ensinamentos de Osvaldo Canela Junior:

> A teoria da separação objetivava o controle do poder em benefício da coletividade, não se tratando de mera racionalização da atividade estatal. Montesquieu pretendia, portanto, evitar a concentração de poderes de tal forma que os direitos e liberdades fundamentais fossem protegidos das investiduras do poder arbitrário (CANELA JUNIOR, 2011, p. 68).

Vale ressaltar, neste ponto, que os direitos fundamentais almejados, à época, por Montesquieu, em sua teoria da separação dos poderes, eram aqueles de primeira geração, vale dizer, aqueles tendentes a conferir maior liberdade aos indivíduos numa época em que prosperava o poder

absoluto e arbitrário dos governantes.

Apesar do termo separação de poderes, Montesquieu não estabeleceu uma divisão extrema das funções atribuídas a cada um deles. O mencionado princípio possui um viés interpretativo que afasta a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado. Nessa visão, os poderes não devem exercer somente suas funções típicas individualizadamente.

Dito de outra forma, um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema de separação.

Nesse sentido, além do exercício de funções típicas (predominantes), cada órgão exercerá outras duas funções, estas de natureza típica dos outros dois poderes (LENZA, 2012).

A título de exemplo, o Poder Legislativo, além de exercer funções inerentes a sua natureza, poderá exercer funções atípicas de natureza executiva, como dispor sobre sua organização, prover cargos, conceder férias; ou ainda, exercer funções atípicas de natureza jurisdicional, como acontece na hipótese do art. 52, I, CRFB/88, quando o Senado julga o presidente da República por crimes de responsabilidade.

Como bem ressalta Jean Carlos Dias, a ausência de uma visão mais flexível acerca do referido princípio poderia torná-lo ineficaz, ou seja, inviabilizaria o sistema de controle recíproco (DIAS, 2016).

O princípio da separação de poderes, portanto, não constitui óbice à judicialização das políticas públicas. Isto porque, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização.

Sobre o assunto, vale destacar o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Confira-se:

> É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse

> domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004).

Percebe-se, através do referido entendimento, que embora o Poder Judiciário não possua dentro de suas funções típicas a atribuição de funcionar como elaborador de políticas públicas, ele poderá atuar neste sentido quando os poderes legitimados para tanto agirem de tal forma que os direitos individuais ou coletivos assegurados constitucionalmente restem prejudicados.

Trata-se de medida voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais. Deste modo, quando as decisões dos governantes ou representantes do povo ferirem referidos direitos, os tribunais deverão ser acionados para efetivá-los.

Confira-se os ensinamentos do autor Osvaldo Canela Junior acerca do assunto:

> Impende a observação de que o Poder Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para efetivação dos direitos fundamentais. Esta competência é constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Entretanto, nas hipóteses de insatisfação, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do remédio jurídico necessário para a pacificação social (CANELA JUNIOR, 2011, p. 93).

A partir das bases firmadas pelo julgamento realizado em 2004, da

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o Poder Judiciário vem realizando uma atuação incisiva de maneira a solucionar o problema da falta de concretização de políticas públicas.

Essa atuação ocorre de diversas formas e nos mais variados campos. Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito fundamental à educação, por exemplo, o Poder Judiciário diante de uma demanda que postule o direito de acesso de menores à escola, deverá identificar quais razões levaram a Administração Pública a negar tal prestação.

Identificadas as razões e constatada a inércia injustificada dos outros poderes estatais em efetivar os direitos consignados na Carta Maior, haverá o controle judicial no sentido de impor ao poder público a solução do problema, no caso, a inserção dos menores na instituição de ensino.

Uma situação muito recorrente nos tribunais é aquela voltada à efetivação do direito social à saúde. Muitas das demandas relativas a este tema giram em torno da ausência do fornecimento de medicamentos aos que deles necessitam, mas não têm condições de adquiri-los por meios próprios.

Constatada a configuração, no caso concreto, de um direito subjetivo passível de efetivação, deverá o Poder Judiciário agir, no sentido de condenar o poder público ao fornecimento do fármaco.

Destaque-se, neste ponto, que o poder público não poderá ser responsabilizado se tomar todas as medidas cabíveis para a adequada execução de uma política pública. Trata-se do caso em que o Estado utilizou o máximo dos recursos disponíveis para a satisfação de um direito, mas não alcançou os fins desejados. Neste caso, como bem prelecionam Smanio e Bertolin: "o que precisa acontecer é a previsão de uma avaliação consistente dos resultados da política para que os seus rumos sejam repensados" (SMANIO; BERTOLIN, 2013, p. 31).

Para além das hipóteses, ora mencionadas, de exercício do Poder Judiciário, é preciso ressaltar que, em tempos recentes, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional passou por uma evolução direcionada ao reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional".

O instituto jurídico em testilha, de origem colombiana, tem incidência em casos de extrema e contínua violação dos direitos fundamentais. Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, o tribunal vai além da relação

estabelecida entre as partes do processo para abranger casos semelhantes, atingindo, dessa forma, um número amplo de pessoas e entidades.

Para ocorrer, é necessário que a violação de direitos seja grave e generalizada, atingindo um número indeterminado de pessoas. Além disso, o caso deve ser fruto de uma deficiência estatal. Deficiência esta que irá cominar em obrigações dirigidas a vários órgãos, objetivando a realização de mudanças substanciais para solução do problema relacionado às políticas públicas.

Ressalte-se que as decisões jurisdicionais, nessas hipóteses, não poderão determinar detalhadamente como as políticas deverão ser executadas, devendo ser flexíveis, de maneira a possibilitar que realmente sejam colocadas em prática pelas partes condenadas.

O referido instituto foi adotado pelo STF no julgamento da ADPF nº 347, oportunidade em que determinou a promoção de medidas administrativas e a reserva de recursos pelo Poder Executivo para o melhoramento da situação carcerária do país, a fim de dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da CRFB.

Pois bem. Apesar de plausível, a atuação do Poder Judiciário no processo de políticas públicas deve sempre ser feita de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Existem limites para as intervenções judiciárias no âmbito dos demais poderes e o principal deles é o que estabelece a reserva do possível.

O referido princípio, importado da doutrina germânica, significa que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade de recursos econômicos estatais. Dito de outra forma, o Poder Judiciário não poderá conceder direito cuja satisfação demande receitas não disponíveis pelo Estado.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. Todavia, a valoração deste princípio deve ser feita em conjunto com outro, o princípio do mínimo existencial. Este visa garantir ao indivíduo, ainda que minimamente, a sua dignidade, meios básicos de subsistência.

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelos entes federativos como obstáculo ao cumprimento de suas obrigações

constitucionais. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento da já mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, veja-se:

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004).

O Poder Judiciário na análise de um caso concreto, deverá, portanto, atentar aos dois princípios supramencionados, de modo que a efetividade das políticas públicas seja acompanhada de um equilíbrio econômico - financeiro que permita uma distribuição equitativa de recursos para as mais diversas áreas sociais; não limitando, porém, a população do mínimo necessário para uma vida digna, um desenvolvimento saudável.

Até porque, como bem ressalta Dirley da Cunha Junior: "mesmo em tempos de crise econômica, cuja flexibilidade de crise econômica é necessária, hão de ser garantidos esses direitos sociais mínimos" (CAMARGO (Org.), 2006, p. 290).

5 CRÍTICAS AO CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIDADE BRASILEIRA

5.1 RISCOS PARA A LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA

Uma das críticas dirigidas à judicialização e ao ativismo judicial (este

em especial) das políticas públicas é que esta atuação do Poder Judiciário acabará por retirar a legitimidade da democracia. Os defensores desta corrente comungam do entendimento de que descabe ao Poder Judiciário tomar decisões políticas, tendo em vista que nenhum de seus membros foi eleito democraticamente para tanto.

Apesar de não ter o aval popular para deliberar acerca dessas questões, o Poder Judiciário comumente o faz. Como exemplos desta atuação podem ser citados, além do seu desempenho no processo de políticas públicas, a possibilidade de invalidação das decisões tomadas pelos membros do Poder Executivo. O fundamento dessas decisões encontra-se na própria Constituição, quando assegura, por exemplo, em seu art. 5º, um extenso rol de direitos fundamentais, e ainda, em seu art. 102º, I, a, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das normas.

O constitucionalismo e a democracia devem caminhar sempre juntos no sentido de que não pode haver um na ausência do outro. A democracia não pode se restringir a uma escolha efetivada pela maioria, esta escolha deve sempre estar pautada nos princípios constitucionalmente elencados. Destaque-se que cabe sempre ao Pretório Excelso a decisão final acerca da constitucionalidade.

Neste ponto, cabe ainda salientar que, apesar de não haver a escolha direta dos membros do Poder Judiciário pela população brasileira, a norma constitucional permite uma escolha indireta destes a partir da nomeação por membros do Poder Executivo. É o caso, por exemplo, dos ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que deverão ser nomeados pelo Presidente da República, consoante dicção dos Arts. 101º, parágrafo único e 104º, parágrafo único, ambos da CRFB/88.

Outrossim, questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Quando o Poder Judiciário atua no processo de políticas públicas ele o faz sempre pautado nas normas jurídicas. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegura-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Sabias são as palavras de Jean Carlos Dias, ao afirmar que:

> [...] a legitimidade da ação do Poder Judiciário

> não decorre de sua eleição pelos membros de uma sociedade. Pelo contrário, exatamente porque o sistema constitucional estabeleceu sua imunidade em relação ao processo eleitoral é que sua posição é privilegiada do ponto de vista das interações funcionais (DIAS, 2016, p. 177).

Conclui-se, portanto, que as decisões judiciais relativas ao processo de políticas públicas não dependem do pressuposto eleitoral.

Não há enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas sim o robustecimento de suas prerrogativas, à medida que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis. (DIAS, 2016)

5.2 POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Outra crítica dirigida à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas é que este exercício pelos magistrados acabará por gerar a politização da justiça, ou seja, as decisões judiciais deixarão de ser neutras e passarão a ser tomadas através de posicionamentos tendenciosos e partidarizados.

O direito não é política. Decidir acerca do tema "políticas públicas" não é tarefa fácil e demanda além do conhecimento relativo às normas jurídicas, uma concepção acerca da realidade política do país. Sim, o julgamento realizado não pode estar dissociado desta realidade, uma vez que somente assim alcançará o objetivo desejado através da produção de seus efeitos.

Como seres humanos que são, os membros do Poder Judiciário não estão livres de qualquer ideologia, não havendo sistema jurídico algum que alcance a neutralidade total de suas decisões. Haverá, portanto, ainda que minimamente, em qualquer formação de juízo de valor um certo subjetivismo.

Este subjetivismo, no entanto, será balizado pelos postulados contidos na Constituição e nas leis, normas estas que conduzirão a uma justiça equalizada, a segurança jurídica e ao bem-estar social.

Dito de outra forma, na tomada de decisões, os juízes não poderão ser guiados por suas próprias vontades, devendo ser sempre conduzidos pelos preceitos normativos.

"A análise das políticas públicas sob a ótica do direito tem como objetivo facilitar a identificação dos elementos e etapas que envolvem as decisões sobre a distribuição dos recursos na sociedade" (SMANIO; BERTOLIN. 2013. p. 41).

Extinguir a possibilidade de fiscalização do sistema de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sob o argumento da politização da justiça, é retirar da sociedade um meio valioso de conservação e promoção dos direitos fundamentais. Como mencionado no tópico anterior, o controle judicial não traz o enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas o robustecimento de suas prerrogativas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é fruto de um processo intenso de transformações na sociedade. Na realidade brasileira, a sua efetivação ocorreu através do Constituição de 1988, que consolidou os direitos sociais e um modelo participativo de democracia.

A nova conjectura constitucional brasileira, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático, exigiu que o Estado saísse de sua postura estática e passasse a intervir para atuar ativamente em diversos campos como promotor da justiça social, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais.

O Estado assume, então, a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados. Para cumprir os ideais do Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. (Smanio; Bertolin, 2013, p.17)

Uma política pública ideal é aquela que apresenta objetivos bem definidos, seleção de prioridades, reserva de meios necessários a sua consecução e determinação do tempo necessário para obtenção de seus resultados. Mas, esse não é cenário fático da realidade. Os resultados de uma política pública muitas vezes ocorrem de forma muito reduzida ou simplesmente não ocorrem, de modo que os indivíduos que delas dependem terminam por ter corroído o seu direito a uma vida digna.

Via de regra, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, reside nos poderes Executivo e Legislativo, no entanto quando estes poderes se tornarem omissos de modo a comprometer a eficácia

e integridade de direitos consolidados constitucionalmente, o Poder Judiciário poderá atuar nesse sentido.

Trata-se de uma atuação voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais que não viola o princípio da separação de poderes. Não é possível sustentar o argumento da separação de poderes como óbice a judicialização das políticas públicas, pois, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização. Um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema.

Ademais, o controle que vem sendo efetivado pelo Poder Judiciário na seara das políticas públicas não representa um risco de usurpação do poder constituinte do povo ou mesmo de politização da justiça.

Não há comprometimento da legitimidade democrática, uma vez que questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegurá-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Por outro lado, não há espaço para decisões tendenciosas ou partidarizadas, guiadas pela vontade própria dos magistrados, pois apesar de possuírem uma margem de discricionariedade na tomada de suas decisões, o ordenamento jurídico impõe, através de suas regras e princípios, balizas a decisões arbitrárias, conduzindo, assim, a uma justiça equalizada.

Vale ressaltar que, apesar de plausível, o intervencionismo do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve ser sempre guiado pelos princípios da reserva do possível, do mínimo existencial, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Verifica-se, diante do exposto, que o controle judicial encontra respaldo legítimo frente as bases estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, ora consolidado na Constituição Brasileira de 1988, constituindo uma importante ferramenta de proteção dos indivíduos, no caso de inércia ou omissão de outro poder, para garantia de seus direitos fundamentais.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE LEGITIMACY OF JUDICIARY

IN RELATION TO EFETIVATION OF PUBLIC POLICIES

ABSTRACT: This research paper examines the role of the judiciary in the execution of public policies in order to identify whether this state power has legitimacy to do so. In search of information on the subject they were carried out bibliographic, jurisprudential research, and constitutional law. The study will start from the premise that the democratic rule of law, now consolidated by the Brazilian Constitution, the commitments of social achievement, linked the achievement of its purposes to all forms of expression of power, including the judiciary. Seek, therefore, discuss the matter in the optimal maximum effectiveness of fundamental rights and guarantees, particularly in the case of inaction or omission (inefficiency) of the executive and legislative powers.

KEYWORDS: Fundamental rights. Judicial power. Public policy.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural.* 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Rel. Min. Celso de Mello, 29 de abril. 2009.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=pol %EDtica%20p%FAblica%20poder%20judici%E1rio&processo=45>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 de fevereiro. 2016.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=estado%20coisas%20inconstitucional&processo=347>. Acesso em: 05 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Direito Constitucional*: Leituras Complementares. Salvador: JusPODVUM, 2006.
Canela Junior, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
DIAS, Clara Angélica Gonçalves; ANDRADE, Diogo de Calasans MELO. *O papel da sociedade civil e do poder judiciário como forma de controle e fiscalização das políticas públicas voltadas à habitação no Brasil.* Artigo científico. In: Direitos sociais e políticas públicas I. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVM, 2016.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
QUEIROZ, Glalber da Costa Cypreste. *A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil.* Artigo científico. In: Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.); BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2013.

PARADIGMA DE PARTILHA EQUÂNIME DOS *ROYALTIES* DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.734/12

Pablo Durval de Menezes Gois*

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar o atual cenário petrolífero no Brasil, desde as primeiras considerações legislativas até o novo marco regulatório, ressaltando os principais entraves e mudanças. Tendo em vista as mudanças ocorridas no regime jurídico com a flexibilização do monopólio estatal e a consequente criação do programa de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, far-se-á um estudo sobre a política de funcionamento da atividade petrolífera. Será discutido, ainda, o modelo da distribuição dos recursos oriundos da atividade petrolífera, que com a descoberta de um campo potencialmente produtivo, o da camada do pré-sal, tem sido alvo de constantes debates no que tange a sua regulamentação. Em busca do modelo compensatório justo e igualitário o Poder Legislativo vem propondo mudanças na distribuição dos royalties do petróleo, visando a possibilidade de vincular a aplicação dos mesmos a promoção de políticas públicas e garantia dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Royalties. Pré-sal. Políticas públicas.

INTRODUÇÃO

O progresso e o desenvolvimento da atualidade exigem fontes eficientes de energia. O petróleo, como principal fonte de energia mundial, tem papel fundamental no crescimento e desenvolvimento econômico dos países, fazendo com que a exploração petrolífera seja considerada um dos mais lucrativos e estratégicos setores da economia mundial.

Tendo em vista as mudanças experimentadas pelo regime jurídico nacional com a flexibilização do monopólio estatal e a consequente criação

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (2015).

do programa de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, far-se-á um estudo sobre a política de funcionamento da atividade petrolífera.

Em busca do modelo compensatório justo e igualitário o Poder Legislativo propôs mudanças na distribuição dos *royalties* do petróleo, visando à vinculação da aplicação dos mesmos à promoção de políticas públicas e à garantia dos Direitos Fundamentais.

Não apenas investigar acerca do funcionamento da política de regulação, produção e circulação de bens derivados do petróleo no Brasil, este artigo avança, dentro de seus limites, sobre o atual sistema de normas regentes da matéria a fim de apreciar em que grau a regulação normativa tem garantido equidade na partilha dos rendimentos decorrentes da exploração.

1 OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

A priori, os *royalties*[1] eram tidos como uma espécie de "indenização". Com a evolução do setor petrolífero, passou a ser considerado uma "compensação financeira", vindo a ser denominado *royalties* apenas em 1997, com o advento da Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/97).

A palavra *royalty* vem do inglês *royal*, que significa "da realeza" ou ainda "relativo ao rei". Assim, entende-se que o rei tinha o direito de receber pagamentos pelo uso de minerais em suas terras.

De acordo com entendimento de Lier Ferreira[2], advogado de Direito Internacional e pesquisador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), no caso de petróleo, os *royalties* são compensações financeiras pagas ao Estado, incluindo suas regiões produtoras, em virtude dos danos causados pela sua exploração, incluindo os prejuízos ambientais e os impactos socioeconômicos gerados.

Ademais, explica Lier que:

> O pagamento de *royalties* começou no Brasil por meio de Lei Federal 2004, de 1953, que também dá origem à Petrobras e nacionaliza a indústria do petróleo no país. Ao longo dos anos, outros beneficiários foram incorporados a esse processo de pagamento, como os Ministérios de Marinha

> e da Ciência e Tecnologia, pois também são impactados pela produção petrolífera[3].

A referida lei foi responsável pela criação da Petróleo Brasileiro S.A., instaurou o monopólio estatal a pesquisas e exploração da lavra de petróleo nacional ou estrangeiro em solo brasileiro, centralizando a atividade petrolífera nas mãos de uma única empresa, a Petrobras.

A necessidade de instrumento para regulamentar a exploração do subsolo apareceu com as primeiras descobertas significativas de petróleo e gás, na década de 30, que impulsionaram o governo a investir no setor. Contudo, foi na década de 50 sob a égide da campanha "O petróleo é nosso", que culminou na criação da Petrobras.

Atualmente revogada, a Lei 2.004/1953 definiu o procedimento para a exploração da atividade industrial do petróleo, dispondo pela primeira vez em um regime jurídico sobre a divisão dos *royalties*. Por diversas vezes, o modelo de distribuição de *royalties* foi alterado. Hoje, o regime de partilha dos recursos provenientes da atividade petrolífera válido está previsto na Lei nº 9.478/97, que substituiu a antiga legislação do petróleo.

O crescente desenvolvimento do setor petrolífero e os avanços das tecnologias utilizadas na extração do petróleo impulsionaram a necessidade de mais investimentos para manutenção da atividade em pleno funcionamento. Sem possuir poderio econômico suficiente para custear o crescimento da indústria do petróleo, o governo passa a intervir menos nesta atividade econômica, dando início à desestatização do monopólio. Diante das circunstâncias, promulga-se a Emenda Constitucional nº 9 de 09 de novembro de 1995, que permite a contratação de empresas estatais ou privadas pela União.

Na seara da indústria petrolífera brasileira, a política de distribuição de *royalties* é recente. Logo, tem experimentado diversas modificações na tentativa de alcançar um modelo compensatório mais igualitário. No entanto, garantir a divisão justa e eficiente dos rendimentos oriundos da atividade exploratória não é uma tarefa fácil, vez que ainda há uma resistência à tentativa de distribuição equitativa[4].

2 A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL NO BRASIL

Pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções

marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000m.

O termo "pré" é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros.

O Brasil teve êxito no ramo petrolífero, alcançou o título de país autossuficiente em petróleo e se tornou pioneiro nas tecnologias de exploração petrolífera em águas profundas e ultraprofundas, passando a ter um valor maior no mercado internacional, vez que, nos dias atuais, o referido recurso energético é símbolo do desenvolvimento econômico em todo o mundo.

A desestatização possibilitou a contratação, pela União, de empresas privadas para executar a atividade de exploração das jazidas petrolíferas. Tal afrouxamento do modelo de concessão instigou a livre concorrência e concentrou a atuação da Petrobras nas atividades mais rentáveis, sobrando, assim, mais tempo para realização de novas pesquisas[5].

No final de 2007, com a realização de pesquisas para localizar hidrocarbonetos na costa marítima, a Petrobras descobriu o megacampo de Tupi, na Bacia de Santos, que era uma nova estrutura geológica de reservatório de petróleo com trilhões de metros cúbicos, localizada abaixo de uma espessa camada de sal, que demonstrou ser bastante rentável e capaz de transformar o país em um dos maiores produtores de petróleo do mundo, como a Arábia Saudita, a Rússia, o Irã, o Kuwait, entre outros países.[6]

O referido reservatório denominado pré-sal[7] é considerado a grande descoberta dos últimos anos na história do petróleo e representa uma nova fase na atividade exploratória do petróleo e seus derivados.

O petróleo do pré-sal encontra-se em uma posição pouco privilegiada para sua exploração. Logo, algumas dificuldades devem ser vencidas. De acordo com o professor do Departamento de Engenharia de Petróleo da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Osvair Vidal Trevisan[8], têm-se as seguintes problemáticas:

> A primeira delas diz respeito à logística, incluindo o difícil transporte de pessoal para essas posições. A segunda é financeira, pois os custos para a extração desse tipo de petróleo, nessa localização, são muito elevados. A terceira é tecnológica, pois temos que extrair o petróleo da melhor forma.

Nos dias atuais, o pré-sal é considerado uma realidade que eleva o Brasil a uma posição estratégica frente à grande demanda por fontes energéticas, as quais na atualidade movimentam a economia mundial e representam o desenvolvimento econômico das próximas décadas. Portanto, é de tamanha relevância para o crescimento do país.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.734/2012 (LEI DOS *ROYALTIES*)

A constitucionalidade desse novo marco regulatório tem gerado controvérsias. Há quem defenda a sua constitucionalidade e os que acreditam na sua irregularidade perante o texto constitucional.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso, enquanto ainda não integrava a Suprema Corte do país, argumentava que a Lei dos *Royalties*, ao modificar a destinação dada aos *royalties*, fere a Constituição Federal de 1988. Ainda, segundo ele, o parágrafo primeiro do artigo 21 da Constituição assegura aos Estados uma compensação financeira da exploração do petróleo e seus derivados, seja em terra ou na plataforma continental.

Para Barroso, "a atividade de exploração de petróleo traz impactos ambientais, sociais e econômicos e a Constituição prevê uma compensação. A Lei 12.734/12 dá aos *royalties* uma destinação distinta, utilizando-os como instrumento de redistribuição de renda para os Estados 'não produtores'"[9]

Os que compartilham de opinião distinta alegam que estamos a tratar de recursos minerais classificados como bens da União, não havendo, portanto, que se falar em prejuízo dos entes "produtores". A redação do art. 20, V e IX, da Constituição Federal é clara ao preceituar que "os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva", além dos "os recursos minerais, inclusive os do subsolo" são bens da União. Portanto, os Estados e Municípios brasileiros não

produzem nem são proprietários das riquezas existentes na plataforma continental.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a exploração da plataforma continental não gera prejuízos aos Estados e Municípios ditos "produtores". Não se trata de tributo, nem de preço público, mas de verba de natureza indenizatória.[10]

Observa-se que ao longo do presente trabalho o vocábulo "produtor" fora utilizado propositalmente entre aspas, para destacar que tais entes por se localizarem próximo aos pontos de exploração do petróleo e gás natural do pré-sal se autodenominam "produtores de petróleo".

Posto que a exploração do petróleo na bacia do pré-sal se dará em plataforma continental, não há que se falar da inconstitucionalidade da lei. A Constituição Federal estabelece que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, e os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva são bens da União. E ainda assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação nos resultados das explorações de petróleo e seus derivados, nessas áreas[11].

4 A DISTRIBUIÇÃO JUSTA E IGUALITÁRIA DOS ROYALTIES

Mediante o interesse da União, Estados, Distrito Federal e Municípios sobre a arrecadação das receitas oriundas da atividade petrolífera, houve várias propostas de modificação ao projeto de lei que embasou a Lei dos *Royalties*. E, mesmo assim, houve um descontentamento por parte dos maiores "produtores" de petróleo, especialmente o Estado do Rio de Janeiro, que ficou insatisfeito com as modificações dos percentuais de divisão dos royalties.

Segundo Elaine Ribeiro[12], a corrente que apoia os "produtores" defende que as compensações e demais receitas devem ser recebidas em parcela maior pelos "produtores", pois são eles que sofrem a ação direta da exploração, que na maioria das vezes causa lesões ao meio ambiente. Já a outra corrente alicerça o novo modelo de distribuição ao fato de que a camada do pré-sal está localizada na plataforma continental e, portanto, não faz parte do território dos ditos "produtores".

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os *royalties* são receita originária dos Estados e Municípios e não apenas um repasse de verbas. Portanto, os entes federativos que exigem a compensação que

o artigo 20 da Constituição Federal lhes garante não estão pedindo uma caridade à União, apenas exigindo direitos[13].

Para Wellington Dias, autor do PLS 448/2011 que deu origem à Lei 12.734/2012:

> A população brasileira, em sua ampla maioria, está consciente que é um direito dela se beneficiar com as riquezas geradas pelo petróleo. Afinal, nossa Constituição é bem clara ao afirmar que os recursos naturais existentes em plataforma continental e em zona econômica exclusiva pertencem à União. Portanto, é patrimônio de todos os brasileiros.

Como a proposta determina a distribuição dos recursos da exploração do recurso natural entre todos os Estados e Municípios de acordo com os critérios dos fundos de participação. Precisamos avançar, especialmente, em duas questões: na partilha justa, igualitária e proporcional, e na aplicação correta destes recursos, pois o Brasil precisa enfrentar questões estratégicas para o futuro[14].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O petróleo é uma das fontes de energia mais utilizadas, responsável por grande parte do movimento comercial e financeiro no mercado nacional e internacional. Sua produção representa um dos principais indicadores de riqueza de um país, proporcionando o alcance de padrões de vida mais elevados. O Brasil é uma das regiões contempladas e se destaca como um grande produtor de petróleo, principalmente com a descoberta do campo do pré-sal, que provou ser altamente rentável.

Se essa fonte de energia traz a possibilidade de geração de riqueza, também traz um encadeamento de disputas políticas, financeiras e comerciais. De modo que o Estado teve que criar um novo marco regulatório para atender às circunstâncias advindas com o êxito exploratório da plataforma continental, bem como regulamentar sobre a distribuição da rentabilidade dessa atividade.

Assim, o presente estudo buscou uma reflexão sobre como os recursos oriundos da atividade petrolífera podem ou devem ser empregados para atender aos interesses e necessidades socioeconômicas, tanto das

presentes quanto das futuras gerações. Ou seja, visou elucidar que a justa e eficiente distribuição e aplicação dos *royalties* podem funcionar como mecanismo para a promoção de políticas públicas.

___

EQUALITY SHARING PARADIGM OF THE ROYALTIES FROM OIL EXPLORATION: THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF LAW N. 12.734/12

ABSTRACT: This paper discusses the current oil scenario in Brazil since the first legislative considerations to the new regulatory framework, highlighting the main obstacles and changes. In view the changes in the legal regime with the relaxation of the state monopoly and the consequent creation of the exploration, development and production of oil and natural gas program, a study on the health policy of the oil activity will be done-. Will also discuss the model of the distribution of proceeds from the oil activity, that with the discovery of a potentially productive field, the pre-salt layer, has been the subject of constant debate regarding its regulation. In search of fair and equitable compensation model legislative power is proposing changes in the distribution of oil royalties, seeking the possibility to link the application thereof to promote public policies and guarantee of Fundamental Rights.

KEYWORDS: Royalties. Pre-salt. Public policies.

Notas

1 *Royalty* é uma compensação financeira paga pelas produtoras de petróleo e gás natural ao governo pela exploração desses recursos em território nacional. Nos termos do art. 2º, XIII, do PLC nº 7/2010, os *royalties* são "compensações financeiras devidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal".

2 Disponível em:<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2012/05/descoberto-em-2007-pre-sal-guarda-50-bilhoes-de-barris-de-petroleo.html> Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

3 Ibidem.

4 FONTES, Karolina dos Anjos. O desafio constitucional da distribuição dos royalties de petróleo da bacia do Pré-sal para promoção de políticas públicas. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Dissertação de mestrado, 2010, pg. 98.

5 QUINTAS, Humberto, em *A história do petróleo no Brasil* e no mundo, Editora Freitas, 2010, pg. 93.

6 RIBEIRO, Elaine. *Direito do petróleo, gás e energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pg. 296.

7 O pré-sal é uma camada de sal que abrange o litoral do Espírito Santo a Santa Catarina, ao longo de 800 quilômetros de extensão por até 200 quilômetros de largura, em lâmina d'água que varia entre 1,5 mil e 3 mil metros e soterramento entre 3 mil e 4 mil metros, neste soterramento está inclusa a camada de sal que pode variar de algumas centenas de metros a 2 mil metros. Disponível em: < http://essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/BolsistaDeValor/article/download/2393/1282> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

8 Disponível em:<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2012/05/descoberto-em-2007-pre-sal-guarda-50-bilhoes-de-barris-de-petroleo.html>Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

9 Em liminar, Ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758 > Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

10 Luiz Roberto Barroso opina que [...] na linha da clara posição do STF, que o direito a royalties não decorre quer da propriedade do recurso – que sempre é da União – quer da titularidade direta da área de produção, mas da circunstância de o Estado e o Município estarem na esfera de impacto ambiental e socioeconômico da atividade, por se tratar de seu território ou por serem confrontantes da área de exploração. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf> Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

11 Vide Art. 20 da CF/88. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

12 RIBEIRO, Elaine. *Direito do petróleo, gás e energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, Pg 311.

13 BORNHOLDF, Rodrigo Meyer; FONTOURA, João Fábio. *Proposta para os royalties desafia proporcionalidade*. Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2013.

14 RIBEIRO, Elaine. *Direito do petróleo, gás e energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pg. 314.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917. Disponível em: http://www.slideshare.net/FabioRipardo/adi-4917-rj-pede-a-inconstitucionalidade-da-lei-dos-royalties. Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Alterações sobre os royalties são inconstitucionais.* Revista Consultor Jurídico, Julho-2010. Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2010-jul-14/alteracoes-distribuicao-royalties-sao-inconstitucionais> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

BORNHOLDF, Rodrigo Meyer; FONTOURA, João Fábio. *Proposta para os royalties desafia proporcionalidade.* Revista Consultor Jurídico, 11 abr. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/rodrigo-bornholdt-proposta-royalties-desafia-proporcionalidade> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para a exploração de petróleo e gás natural.* In: VALOIS, Paulo (Org.). Temas

de direito do petróleo e gás natural. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Revogada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.* 8. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Lucas K. *O que é pré-sal*. Disponível em: <http://www.diariodopresal.wordpress.com/o-que-e-o-pre-sal/> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

NOBLAT, Ricardo. *Distribuição justa dos royalties***:** Quem pode ser contra? Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2013/04/02/distribuicao-justa-dos-royalties-quem-pode-ser-contra-491883.asp>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *O novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil.* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14243/o-novo-marco-regulatorio-das-atividades-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-natural-no-brasil#ixzz2TUSTD1cc> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

RIBEIRO, Elaine. *Direito do petróleo, gás e energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

STF. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4917liminar.pdf.> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

Em liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758 > Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO (*HATE SPEECH*) À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Renata Cristina Lima Barreto*

RESUMO: O presente artigo apresenta a relação entre a liberdade de expressão e o *hate speech* - discurso do ódio - fruto da intolerância que surge quando o "agressor" se depara com alguém que não compartilha com ele o mesmo estilo de vida, de aparência ou de pensamento. Parte do conceito e da evolução histórica do direito à liberdade de expressão como direito fundamental constitucionalmente garantido e seu real exercício pelos indivíduos, diante do necessário respeito ao outro mandamento basilar do nosso ordenamento que é a garantia da dignidade da pessoa humana à pluralidade de indivíduos que constituem a nossa sociedade contemporânea. Na colisão entre esses dois princípios deve-se ponderar os interesses envolvidos, destacando-se a importância da ética e da moral como valores que norteiam o comportamento humano, a fim de evitar os excessos. Cumpre frisar que o Supremo Tribunal Federal decidiu caso emblemático em 2003, rechaçando a prática da discriminação contra os judeus, demonstrando, como guardião da nossa Carta Magna, que não admite discursos de ódio. Por fim, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana assume o papel equalizador das diferenças estabelecidas pelo *hate speech*, utilizando a intervenção estatal para afastar as expressões de ódio do âmbito do discurso público, como forma finalística de promoção da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Dignidade da Pessoa Humana. Discurso do Ódio. *Hate speech*. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

A doutrina diverge quanto a conceituação dos direitos humanos

* Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Título de preparação para ingresso na magistratura expedido pela Escola da Magistratura de Sergipe (Esmese). Pós-graduada em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela Universidade do Amazonas (Unama).

fundamentais ou, simplesmente, direitos fundamentais, ante a diversidade cultural e ética que confere amplitude a seu conteúdo. Em breves linhas, podemos conceituar direitos fundamentais como uma categoria de direitos indispensáveis à existência humana, tais como, os direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Dentre esses direitos, existe a liberdade de expressão, direito fundamental cujo exercício não pode ser ilimitado a ponto de macular as demais garantias, especialmente a dignidade da pessoa humana.

O *hate speech* (discurso do ódio) relaciona-se intimamente com a liberdade de expressão, tanto no ordenamento estrangeiro quanto no pátrio, sendo esta uma forma de limitar aquele, quando houver violação à dignidade da pessoa humana. Trata-se de tema abordado por poucos doutrinadores pátrios e ainda incipiente em nossos Tribunais, podendo ser conceituado como a discriminação a determinados grupos, por motivo de raça, cor, religião, etc.

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal, Corte Guardiã da nossa Constituição, em 2003, julgou o *Habeas Corpus* nº 82.424/RS impetrado por Siegfried Ellwanger e se manifestou sobre o limite à expressão da opinião, considerando racismo a discriminação perpetrava pelo impetrante contra os judeus no bojo do livro em que o mesmo negava a existência do holocausto, consubstanciando verdadeiro discurso do ódio, por propagar uma ideia de intolerância, menosprezo e exclusão de determinado grupo de pessoas, ferindo um dos fundamentos da nossa República Federativa.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os direitos fundamentais compreendem uma categoria de direitos instituída com o objetivo de proteção à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental denota que tais direitos são indispensáveis à condição humana e ao convívio social harmônico.

Não obstante inexista consenso entre os doutrinadores pátrios e estrangeiros sobre no que consistem os direitos fundamentais, cumpre trazermos à baila o que ensinam Ingo Wolfgang Sarlet e Luiz Araújo:

> *Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu* à *Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2005, p. 70).*
> *Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, 2005, p. 109-110*).

A partir dos conceitos acima, podemos concluir que os direitos fundamentais integram a base da Constituição de um Estado Democrático de Direito e Social, impondo-se a esse ente político, não só o dever de protegê-los, mas também de não violá-los e promover sua concretização.

Dentre os direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão se enquadra como direito de primeira dimensão, tendo surgido com a concepção do Estado Liberal, em meados do século XVIII, havendo previsão no art. 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem, garantindo-se a todo cidadão a possibilidade de falar, escrever e exprimir-se livremente, cabendo a quem exceder, responder pelo abuso desta liberdade, nos casos determinados pela lei. Destaco, ainda, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

durante a 108ª Sessão Ordinária, pronunciou em seu artigo 1º que a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, era um direito fundamental e intransferível, inerente e todas as pessoas, restando, plenamente possível concluirmos que a existência digna e livre pressupõe a liberdade de expor o pensamento.

São intrínsecos à liberdade de expressão os direitos de informar e de ser informado, de resposta, de réplica política, de reunião, de liberdade religiosa etc. Consequentemente, trata-se de direito cuja amplitude deve ser resguardada, sob pena de mácula impeditiva do seu próprio exercício.

Nesse sentido, caminham os ilustres juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, afirmando que:

> *A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2012, p. 300).*

O doutrinador Cláudio Chequer, na obra *A liberdade de Expressão como Direito Prima Facie*, traz à baila a doutrina norte-americana do ilustre professor da Yale Law School, Thomas I. Emerson, e elenca os fatores que sustentam a necessidade de proteção da liberdade de expressão, quais sejam: (1) forma de assegurar uma satisfação individual, (2) meio de alcançar a verdade, (3) método de assegurar a participação dos membros da sociedade nas decisões sociais e políticas, (4) manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade (CHEQUER, 2011, p. 129).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), inspirada na Declaração Francesa de 1789, dedica todo um título aos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), restando claro que os mesmos são a própria razão de ser da Constituição e guardam a própria razão de existir para protegê-los. O inciso IV do art. 5º da nossa Carta

Magna enuncia que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. A regra, portanto, é a de que a Constituição protege amplamente a liberdade de expressão, proibindo, *a priori*, qualquer forma de restrição ao seu exercício, inclusive a censura prévia. Não obstante, a premissa fixada, observa-se que, a exteriorização do pensamento, submete-se ao poder de polícia do Estado, havendo a previsão de responsabilidade àqueles que ultrapassem o limite da manifestação da opinião, sendo esta a razão da Lei Maior vedar o anonimato.

Essa liberdade de opinião se manifesta de diversas formas, podendo o indivíduo agir individualmente ou em grupo, desde que a exteriorize, porque é impossível alguém penetrar na esfera individual do outro, conforme destaca Pinho (2011, p. 114).

O artigo 220, §1°, da Carta Magna enuncia como limitações externas, a vedação ao anonimato, o direito de resposta, a indenização por danos materiais e morais, bem como os direitos à honra e à privacidade (a intimidade, a vida privada e a imagem). Percebe-se que a proibição ao anonimato assegura a responsabilidade civil por danos materiais ou morais eventualmente causados pela má informação a terceiros, enquanto o direito de resposta assegura a retificação da informação falsa ou defeituosa. Já os direitos à intimidade, à vida privada e à imagem constituem uma inovação introduzida ao nosso ordenamento pela Carta de 88, intrinsecamente vinculados à inviolabilidade dos direitos da personalidade. Partindo de conceitos primários, entende-se por intimidade aquilo que fica no interior da pessoa (não é de conhecimento de ninguém além do próprio cidadão); a vida privada é o modo de vida da pessoa e a imagem significa a projeção da personalidade da pessoa no mundo exterior.

Não se caracterizando normativamente como regras absolutas, é correto dizer que tais direitos podem ser limitados pela própria Constituição, ou ainda que admitem limitação por lei infraconstitucional. Cumpre destacar, também, a hipótese de que havendo colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na ponderação (CANOTILHO, 2003, p. 1276).

O celebrado doutor em Direito Constitucional, José Emílio Medauar Ommati, também entende que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e ensina que não há que se falar em conflitos de direitos porque os princípios jurídicos não colidem, mas se pressupõem mutuamente.

Esse autor, ao abordar o tema em tela, informa que a Constituição de 1988 trata a liberdade de expressão como um direito fundamental condicionado à dignidade humana, confirmando a sua tese de que não há em nosso ordenamento jurídico norma absoluta (OMMATI, 2014, p. 01).

Assim, manifestar-se, como visto acima, abrange tanto externar ideias e opiniões quanto receber informações sobre fatos ocorridos na sociedade que necessitam da prova da verdade. Portanto, o direito à informação tem como limite interno a veracidade dos fatos divulgados, o que pressupõe a possibilidade de verificação da veracidade da notícia antes de qualquer divulgação, além de limites externos, a fim de evitar ofensas aos demais direitos fundamentais.

Logo, o exercício da liberdade de expressão deve compatibilizar-se com os demais direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações divulgadas, e ainda com os demais bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, a privacidade, a segurança pública etc. Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e de informação desfrutarem do status de direito fundamental, o Poder Público, ao pretender restringir o âmbito de proteção dessa liberdade para atender os limites mencionados, obrigatoriamente justificará tal restrição e só a realizará por meio de lei.

2 DELINEAMENTOS CONCEITUAIS DO HATE SPEECH (DISCURSO DO ÓDIO)

Considerando o desvalor das expressões de ódio e a crescente limitação da liberdade de expressão consagrada na maioria dos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais modernas, coube aos doutrinadores a árdua tarefa de atribuir uma definição à expressão discurso de ódio ou "hate speench".

O autor norte-americano Samuel Walker define discurso do ódio, no artigo *Circumventing the "True Threat" Standard in Campus Hate Speech Codes*, como:

> *a pervasive problem suffered particularly by ethnic and sexual minorities. It can undermine self esteem, cause isolation, and result in violence. Words can be damaging and the damage can be heightened by emotion and other contextual factors. (Um*

> *problema penetrante difundido particularmente pelas minorias étnicas e sexuais. Pode minar a auto-estima, causar isolamento e resultar em violência. Palavras podem ser prejudiciais e os danos podem ser aumentados pela emoção e outros fatores contextuais - Livre tradução realizada pela autora.)*

Segundo Samantha Meyer-Pflug (2009, p. 97-98), "o discurso do ódio pode ser considerado uma apologia abstrata ao ódio, já que resume o desprezo e discriminação a determinados grupos".

Daniel Sarmento, por sua vez, na obra *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional* (2010, p. 208), ensina que o *hate speech* é um tema ligado ao limite da liberdade de expressão relacionado à manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores.

Não só a doutrina se preocupou em conceituar o discurso de ódio, existindo menção a tal instituto em alguns tratados internacionais sobre direitos humanos editados após a Segunda Guerra Mundial, os quais, ao conferir proteção ao exercício da liberdade de expressão, sugerem que as expressões de ódio não sejam utilizadas no âmbito público. Vejamos alguns deles.

O Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1968 é objetivo ao tratar do discurso do ódio quando dispõe no art. 4º o seguinte, *in verbis*:

> *Art. IV – Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V*

> *da presente Convenção, interalia: a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.*

Já a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos se manifesta expressamente sobre a matéria e dispõe no art. 13, *in verbis*:

> *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*

A partir dos conceitos acima podemos conceituar sinteticamente o *Hate Speech* ou Discurso do Ódio como toda manifestação de opinião que discrimine ou promova de alguma forma a discriminação a determinados grupos de pessoas em razão de raça, cor, etnia, nacionalidade, origem, gênero, religião, orientação sexual, etc.

Frise-se que para a configuração do discurso do ódio a manifestação deve ser dirigida ao grupo de pessoas e não à determinada pessoa, individualmente, exigindo-se a análise de cada caso concreto, para descartar a prática de crime contra uma pessoa individualmente considerada, porque o seu conteúdo é revelador de um comportamento não aceitável pelo

ordenamento jurídico, tampouco pela ética e moral comumente aceita na sociedade moderna.

Não obstante o discurso do ódio seja rechaçado pelo ordenamento jurídico, cumpre destacar que existe uma corrente que defende a liberdade de expressão mesmo que agressiva, pregando que as diferenças precisam ser expostas, permitindo assim, toda forma de discurso. Nesse sentido, Bobbio (apud SARMENTO, 2010, p. 244):

> "(…) É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão".

Contrariando esse pensamento, Sarmento (2010, p. 243), valendo-se do respeito à moral e aos direitos humanos, defende que tolerar o intolerante de maneira extrema pode provocar a violação de direitos humanos, especialmente à dignidade da pessoa humana.

Quanto ao exercício da liberdade de expressão, Maria Lúcia Aranha e Maria Helena Martins ensinam magistralmente que:

> *Os cuidados que precisam ser tomados por quem se propõe a exercer a liberdade de expressão, pode-se dizer que estão baseados na moral e na ética. A primeira "é um conjunto de regras que determinam o comportamento dos indivíduos em um grupo social" e a segunda "é a reflexão sobre as noções e princípios que fundamentam a vida moral"* (ARANHA; MARTINS, 2009, p. 214).

Temos, portanto, que o *hate speech* está intimamente ligado à liberdade de pensamento e consciência, cuja expressão causa algum dano grave à dignidade da pessoa humana, sendo imperiosa a ponderação na exposição de ideias, a fim de promover a tolerância em relação às diferenças, mote primordial dos Princípios e Garantias Fundamentais dos Estados Democráticos de Direito.

3 PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO *(HATE SPEECH)*

Em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 82.424/RS impetrado por Siegfried Ellwanger inconformado com o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos de uma ação penal, que reconheceu a autoria e materialidade do crime de discriminação racial previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 (*Art. 20 - praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer outra natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.*), sob o fundamento de que, o ora impetrante havia incitado e induzido a discriminação contra o povo judeu, quando, em suma, negou a existência do holocausto em livro de sua autoria e edição, merecendo cumprir a pena de dois anos de reclusão.

Inicialmente destaco que o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS referente ao Caso Siegfried Ellwanger, teve todos os votos dos Ministros do STF compilados no livro "Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: *Habeas Corpus* nº 82.424/RS", cuja leitura é de grande valia à compreensão do caso em tela, além de fonte de conhecimento para toda a sociedade.

Os advogados de Ellwanger impetraram o *habeas corpus*, inicialmente no Superior Tribunal de Justiça, defendendo que o crime disposto na lei supracitada não se referia ao crime de racismo, mas sim ao de discriminação porque judeus não constituem uma raça humana, restando, assim, extinta a punibilidade pela prescrição. No entanto, o *writ* foi negado, com apenas o voto do Ministro Edson Vidigal acolhendo o pedido do impetrante. Insatisfeitos impetraram novo *habeas corpus* no STF, cujo processamento passamos a discorrer.

O Ministro Moreira Alves foi o relator do feito e entendeu que o povo judeu não constituía raça, baseando-se no ensinamento de Nicola Abbagano, o qual considera raça os grupos identificados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança, existindo assim, três raças: a branca, a negra e a amarela. Concluiu, ao final, que os grupos nacionais, religiosos e geográficos não seriam considerados raças. Findou o Ministro Relator, concluindo que o impetrante não poderia ter praticado o crime de racismo porque judeus não constituem ração, restando

apenas a possibilidade de condenação por crime de discriminação que não possui qualidade de imprescritível, e como havia decorrido o lapso prescricional legal, declarou extinta a punibilidade do réu impetrante.

Friso que tal argumentação foi bastante criticada pelos demais Ministros, porque, apesar de todos eles terem concluído que os judeus não constituíam uma raça, não compactuaram com a ideia de que os seres humanos estavam classificados em três espécies, por aderirem aos termos da conclusão exposta pelos cientistas do Projeto Genoma Humano, no ano 2000, os quais constataram que a diferença entre raças não subsiste.

Após o voto do Ministro Relator, a Corte deu seguimento ao julgamento e os Ministros passaram a estabelecer o conceito de racismo. O Ministro Maurício Correa determinou que existia racismo, em sua acepção sociológica, nas palavras do impetrante que demonstraram enxergar os judeus como uma raça inferior à raça ariana, supostamente pura e portanto superior, restando assim, o antissemitismo forma de racismo porque contrapõe duas raças em sua filosofia. Por fim, indeferiu a ordem.

O Ministro Gilmar Mendes também denegou a ordem. Em seu voto reconheceu a antinomia existente entre a liberdade de expressão e o racismo e para resolvê-lo aplicou o Princípio da Razoabilidade, como forma de ponderação, concluindo pela prevalência do direito a não ser discriminado, restando assim, adequada a condenação que proibiu as atitudes racistas e discriminatórias, como forma de garantir aos judeus uma sociedade digna e tolerante. Frisou ser necessário restringir a liberdade de expressão para alcançar uma sociedade justa e plural.

Cumpre trazer à baila trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual *seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF), do pluralismo político (art. 1, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5, XLII).*
> *Também não há dúvida de que a decisão condenatória,*

> *tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.*
> *[...]*
> *liberdade* não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.
> *Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.*
> *Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de habeas corpus.*

O Ministro Carlos Ayres Britto, também, concluiu que o impetrante não praticou o delito em tela, por estar ausente o intuito de incitar o ódio, tendo apenas narrado a sua versão sobre o que ocorreu na Segunda Guerra Mundial. Concluiu o voto absolvendo-o.

Vejamos trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

> *Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1°), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5°.)*

Por fim, cumpre mencionar que o Ministro Marco Aurélio também divergiu e defendeu que não existia proporção na restrição à liberdade de expressão, uma vez que seria um meio muito oneroso e gravoso para se obter um resultado que não se saberia se iria ser alcançado, logo, concluiu que não houve racismo no caso concreto e reconheceu a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

O *habeas corpus* foi, portanto, denegado pela votação de oito a três, sendo derrotados os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves.

Após a análise da decisão paradigma resta facilmente constatável que o livro publicado e editado por Siegfried Ellwanger serviu como meio de propagação de discurso do ódio, porque o seu conteúdo caracterizou-se como manifestação de opinião racista e discriminatória contra os judeus, capaz de minar a autoestima, causar isolamento e resultar em violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As liberdades de expressão e de opinião desfrutam do status de direito fundamental, de modo que, o Poder Público, apenas quando estritamente necessário, poderá restringi-las para compatibilizá-las com os demais direitos fundamentais dos cidadãos, que forem afetados pelas opiniões e informações divulgadas, e ainda com os demais bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, a privacidade, a segurança pública, sempre por meio de lei.

Ademais, será imperiosa a restrição da liberdade de expressão quando ela for utilizada como forma de promoção do discurso do ódio, sendo este conceituado como toda manifestação de opinião que discrimine ou promova de alguma forma a discriminação a determinados grupos de pessoas em razão de raça, cor, etnia, nacionalidade, origem, gênero, religião, orientação sexual etc. Frise-se que para a configuração do discurso do ódio a manifestação deve ser dirigida ao grupo de pessoas e não à determinada pessoa, individualmente, cuja expressão causa algum dano grave à dignidade da pessoa humana, sendo imperiosa a ponderação na exposição de ideias, a fim de promover a tolerância em relação às diferenças, mote primordial dos Princípios e Garantias Fundamentais dos Estados Democráticos de Direito.

O caso paradigma sobre o *hate speech* no Brasil foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC nº 82.424-RS impetrado por Siegfried

Ellwanger condenado pelo crime de racismo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em razão da publicação de livro com tema antissemita, racista e discriminatório, incitando e induzindo a discriminação racial.

A decisão da nossa Corte Suprema foi de importância ímpar para a sociedade porque trouxe à baila a discussão sobre o alcance do conceito de racismo e seus respectivos efeitos jurídicos, tendo concluído que, deve-se considerar não o aspecto biológico, mas sim a acepção social ou cultural de raça para concluir, ao final, pela possibilidade de se cometer o crime de racismo contra o povo judeu. Sobreleva destacar, ainda, que os Ministros do Supremo reconheceram a antinomia existente entre a liberdade de expressão e o racismo e fixaram como forma de solução a ponderação de interesses mediante a aplicação do Princípio da Razoabilidade, tendo ao final concluído pela prevalência do direito a não ser discriminado, como forma de garantir aos judeus uma vida digna.

Portanto, cotejando os ensinamentos da doutrina pátria e estrangeira expostas, bem como a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, resta concluir que proibir atitudes discriminatórias significa garantir à sociedade uma vida digna e justa, de modo que, coibir discursos discriminatórios é uma expressão do direito fundamental à igualdade material, mas só poderá ser efetuada quando estritamente necessária, sempre buscando respaldo na ética e na moral.

FREEDOM OF EXPRESSION AND DISCOURSE OF HATRED IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

ABSTRACT: This paper presents the relationship between freedom of expression and hate speech - fruit of intolerance that arises when the "offender" is faced with someone who does not share with him the same lifestyle, appearance or thought. Part of the concept and the historical evolution of the right to freedom of expression as a fundamental right constitutionally guaranteed and its actual exercise by individuals on the need to respect other fundamental commandment of our land which is the guarantee of human dignity to the plurality of individuals who constitute our contemporary society. In the collision between these two principles must weigh the interests involved highlighting the importance of ethics and morals and values that guide human behavior in order

to avoid excess. It should be noted that the Federal Supreme Court ruled in 2003, rejecting the practice of discrimination against Jews, demonstrating, as guardian of our Magna Carta, that it does not admit hate speech. Finally, it is concluded that the principle of the dignity of the human person assumes the equalizing role of the differences established by hate speech, using state intervention to ward off expressions of hatred from the public discourse as a final form of promoting equality.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando* - Introdução à Filosofia. São Paulo: Editora Moderna, 4. ed., volume único, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais.* Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: Temas de direito constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo*: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p.29

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1.276.

CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Prima Facie* - Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. RJ: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 300.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 97-98.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988.* 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral das Constituições e Direitos Fundamentais – Sinopses Jurídicas.* São Paulo: Saraiva, 11. edição, volume 17, 2011.

POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do Ódio no Estado Democrático de*

Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Trabalho de conclusão de curso (Tese), Universidade de Brasília (UNB), Brasília-DF, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/782/owse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Potiguar%2C+Alex+Lobato> Acesso em: 15 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. tiragem, 2010.

VILLANOVA, Bárbara Duarte. *Expressões de ódio: entre a garantia e a reputação penal.* Artigo sinótico da monografia homônima apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso conducente à atribuição do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, apresentada aos 28 de junho do ano de 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf > Acesso em: 01 dez. 2016.

WALKER, Samuel. *Circumventing the "True Threat" Standard in Campus Hates Speech Codes*. Disponível em: <http://www.firstamendmentstudies.org/wp/hate_speech.html>. Acesso em: 01 dez. 2016.

OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E OS ASPECTOS DA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008

Vanysson Dias de Jesus[*]
Rony Rei do Nascimento Silva[**]

RESUMO: Em 2008 houve a Reforma Processual Penal, que materializou alguns dos anseios da comunidade processualista penal, porém, no tocante à matéria de provas, apesar de substancial mudança, ainda existem equívocos que precisam ser mais bem analisados. Um desses pontos, que é assunto principal deste estudo, é a respeito da maneira como o Poder Judiciário trata os atos de investigação oriundos do Inquérito Policial, pois o seu convencimento acerca da condenação pela prática da infração não poderá, pelo menos em tese, se valer dos elementos de informação colhidos na fase pré-processual. O magistrado não pode sofrer contaminação com os elementos de informação, isso prejudicaria sua imparcialidade. Caso isso ocorresse, estaria havendo uma verdadeira afronta aos primados constitucionais e às garantias fundamentais alcançadas ao longo de todos esses anos. O devido processo legal, princípio constitucional, também presente nos tratados internacionais de direitos humanos, estabelece as garantias que devem ser observadas em um processo. Acostadas a essas garantias estão os princípios do contraditório e da ampla defesa que definem parâmetros básicos para fazer com que a dignidade humana seja respeitada ante a crueldade de um processo penal. Pelo fato da fase investigativa ser de modelo inquisitorial, adotado pelo Código de 41 e vigente ainda hoje, não há essas garantias mínimas, pelo menos não da forma que a Constituição Federal estabelece. Principalmente por este motivo, o estudo bibliográfico sobre o assunto trata de diferenciar atos de prova de atos de investigação, onde, esses últimos produzidos em fase inquisitorial e, via de regra, sem observância do contraditório ou ampla defesa.

[*] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Processo Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes com inscrição nos Quadros da OAB/SERGIPE. Membro dos Grupos de Pesquisa História, Memória, Educação e Identidade (GPHMEI).
[**] Doutorando em Educação pela Universidade Estadual Paulista 'Júlio Mesquita Filho' (Unesp). Mestre em Educação pela Universidade Tiradentes (Unit, 2016) com Bolsa Capes/Fapitec/SE. Graduado em Serviço Social pela Unit (2014). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Serviço Social e Sociedade. Membro dos Grupos de Pesquisa História, Memória, Educação e Identidade (GPHMEI) e Sociedade, Educação, História e Memória (GPSEHM).

PALAVRAS-CHAVE: Atos de prova. Atos de investigação. Devido processo legal. Inquérito policial.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a traçar um panorama sobre as inovações trazidas pela Lei 11.690/08, largamente conhecida como "reforma processual penal de 2008", especialmente no que se refere às provas no âmbito do inquérito policial, mais ainda, sobre a nova redação do art. 155 da Lei Adjetiva Penal, que ressalva a possibilidade do juiz valer-se unicamente das provas antecipadas, não repetíveis e cautelares produzidas em sede de Inquérito Policial para fundamentar uma condenação. Este se constitui o ponto fundamental do estudo. Para tanto, a pesquisa se sustenta, *a priori*, da autoridade doutrinária do Doutor Lopes Júnior e Gloeckner (2012), cabendo a estes o auxílio na exegese do artigo supramencionado no tocante às críticas fundadas na nova redação. Sobre os demais elementos que circundam o núcleo do estudo, a pesquisa recorre à doutrina de Lima (2011) e Capez (2011), a Oliveira (2009), Bueno (2012) e Tourinho Filho (2011) acerca das Provas em sentido amplo e, especificamente, as provas no Inquérito Policial. Com o fito de auxiliar na composição de cada capítulo, o estudo se dá através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e, ainda, consulta legislativa. O artigo está estruturado em três partes, dispostas da seguinte maneira: a primeira parte intitulada "Da Persecução Penal" aborda a noção de investigação preliminar e a sua importância para a colheita de informações no âmbito da propositura da Ação Penal. A segunda parte, levanta o tema principal deste trabalho, qual seja: "Dos atos de investigação no Inquérito Policial e os aspectos relevantes da Reforma Processual Penal de 2008" que se preocupa em detalhar como é realizada a produção de provas nesta fase da persecução penal e ainda sobre as sinuosidades dessa produção. Na conclusão é realizada exposição sumária dos temas abordando os principiais aspectos àqueles que tiveram mais relevância para a compreensão do estudo.

EM PAUTA OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme nos ensina Tourinho Filho (2011, p. 233-235), a prova no

Processo Penal é o meio pelo qual se demonstra a verdade dos fatos e sobre as alegações trazidas a juízo. Por isso que em direito, especialmente no Direito Penal, não é admitido que se alegue a existência de fato sem que haja uma correspondente prova para consubstanciar a certeza do que foi alegado, à exceção do que for notório e evidente, neste caso há a dispensa da prova, pois tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida.

Segundo Lima (2011, p. 833-834) a palavra prova nos remete às ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação, em outras palavras, a atividade de provas busca estabelecer o conhecimento verdadeiro. A prova está dividida em três distintas acepções:

> 1) Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova como a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa.

Nesta primeira acepção, a prova deve ser compreendida como um corolário do direito de ação, que tem previsão constitucional[1]. Por este motivo não se pode admitir que as provas sejam apenas produzidas ou propostas, mas deve-se garantir que elas possam efetivamente influir no convencimento do magistrado. Devem-se assegurar às partes todos os recursos para o oferecimento da prova, sob pena de cerceamento de defesa. Porém, esse direito de provar não é de todo absoluto. Lembra-nos Lima (2011, p. 834) que "a legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos". Dessa maneira, a atividade probatória encontra limites dentro do ordenamento, impedindo que o juiz acolha provas que não foram produzidas sob o crivo do contraditório ou da ampla defesa e ainda que provas espúrias sejam admitidas no processo penal.

Há ainda a mais duas acepções da palavra prova:

2) Prova como resultado: caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quando à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos.
3) Prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática (LIMA, Renato Brasileiro de. Op cit. p. 834-835).

Para Oliveira (2009, p. 317) a prova deve servir para reconstruir os fatos que estão sob investigação no processo para que cheguem o mais próximo possível da verdade tal qual realmente aconteceu no espaço e no tempo. Dito isto, é possível imaginar os esforços hercúleos que devem ser dispendidos na produção de uma prova, pois a prova busca, principalmente verdade. Por mais difícil que seja a reprodução da verdade, tal qual como aconteceu, esse deve ser um compromisso inequívoco do Judiciário.

No que diz respeito ao ônus de provar, Oliveira (2011, p. 323) assevera que em sistema constitucional que garante a presunção de inocência, não admitindo que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória[2], significa dizer, pela teleologia do dispositivo, que todo o*nus probrandi*[3] recai sobre o órgão acusador. Por esta razão cabe ao Ministério Público ou querelante, provar a existência de um crime e, de igual sorte, provar a sua autoria. Porém, apesar de caber ao Ministério Público ou querelante provar a existência de autoria e materialidade delitiva, não se pode exigir o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo de culpabilidade.

O princípio da ampla defesa autoriza ao indivíduo o direito de levar

a juízo a sua versão dos fatos através de uma prova e o Estado-Juiz deve apreciá-la. É importante não olvidar que o escorreito exercício do direito à prova merece tutela em todas as fases do processo, desde a sua obtenção, passando pela introdução e produção para que ao final seja devidamente valorada pelo Estado-juiz que aplicará a decisão. Caso o magistrado deixe de observar na sentença a valoração de alguma prova que foi produzida estará configurado o erro no julgamento, cabendo reforma da decisão (OLIVEIRA, 2011, p. 331).

A Legislação Constitucional, a Lei Processual e os Princípios informadores do ordenamento jurídico pátrio vedam as provas ilícitas. Essa vedação atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando que provas obtidas por métodos escusos possam ser produzidas por quem é responsável pela sua produção. A qualidade da prova posta em juízo deve ser pura, e a inadmissibilidade de provas ilícitas garante essa pureza ao tempo em que tutela direitos e garantias individuais (OLIVEIRA, 2011, p. 332).

Em exemplos claros de provas obtidas por meios ilícitos, Oliveira (2011, p. 332) elenca a confissão mediante tortura, hipnose ou ainda pela ministração de substâncias químicas, que, por evidente afrontam sistematicamente garantias fundamentais como a intimidade, a privacidade e imagem, consectários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, entabulado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Com sapiência ímpar, Oliveira (2011, p. 333) nos revela que a vedação das provas colhidas ilicitamente não ocorre apenas em relação ao meio escolhido para a sua obtenção, mais ainda, os resultados obtidos com essa prova devem ser considerados ilícitos também. Em outras palavras, quando uma interceptação telefônica é judicialmente autorizada, apesar de violar a privacidade ou intimidade, esta é permitida, de modo diverso, quando não é autorizada, há a clara violação dessas garantias. Portanto, em matéria de prova, mesmo que não haja vedação expressa quanto ao meio utilizado é preciso questionar se o resultado obtido configura ou não violação de direitos, e ainda se configurar, é importante questionar se essa violação foi e poderia ter sido autorizada.

Não é porque se trata de um direito do réu ter sua prova valorada que o juiz irá autorizar a produção de toda e qualquer prova. Muitas vezes o magistrado entende que não há necessidade na produção de determinada

prova, pois já está convencido das alegações e o juiz pode indeferir as diligências que são manifestamente protelatórias (OLIVEIRA, 2011, p. 331).

A Constituição Federal repudia as provas ilícitas ou espúrias que adentram o processo, sobre o assunto:

> Consequência ainda do direito à prova, ou seu reverso, porquanto dirigido ao mau exercício por parte dos órgãos da persecução penal, seria o de exclusão das provas obtidas ilicitamente, sobretudo quando se tratar de procedimentos do Tribunal do Júri. É que ali vigora a regra **da íntima convicção**, não se exigindo a motivação das decisões. Com isso, o contato com o material probatório ilícito poderia trazer graves consequências na formação do convencimento do jurado. Assim, **tais provas deverão ser desentranhadas quanto antes dos autos**, antes do ingresso na fase da valoração, nos termos, agora, do art. 157, CPP (Lei 11.690/08). (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Op. Cit. p. 331) (grifei).

Conforme ensina Lima (2011, p. 884), o Estado-juiz não pode se valer das provas ilícitas para apurar um ilícito penal, isso seria, no mínimo ilógico e irracional, visto que o próprio Estado é quem garante os direitos e garantias fundamentais, caso não fosse assim, a legitimidade do Estado seria posta em xeque, pois estaria se valendo de um ilícito penal para apurar outro, o que, de fato não é congruente com o Estado Democrático de Direito ao qual nos submetemos.

É imperioso salientar que apesar da vedação expressa trazida pelo Texto Maior acerca das provas ilícitas, não é encontrada nenhuma definição para o que seriam, de fato, essas provas. Ficou a cargo da doutrina pátria buscar este conceito, que, se configura da seguinte maneira:

> A prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio da violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por

> meios ilegais deve funcionar como gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos (LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit. p. 885).

Quando uma prova é obtida através da violação de regras de direito material, ou seja, em afronta ao direito constitucional ou penal, esta deve ser considerada ilícita. Para que assim seja considerada, a violação deve ocorrer no momento da obtenção da prova, que se dá, normalmente em momento anterior ou concomitante ao processo. Muito embora seja necessário que a prova, para ser ilícita, não possa ter sido colhida no processo, nada impede que a produção, ocorrida em sede processual, seja ilícita. Ocorre dessa maneira, por exemplo, na confissão que é colhida pelo juiz sem que este tenha alertado ao acusado acerca de seu direito de silêncio, garantido na Constituição (LIMA, 2011, p. 886).

De outro ponto, a prova ilegítima, assim considerada, é aquela produzida sem a observância das normas processuais capitaneadas em Leis Processuais Penais. É quando o magistrado instrui a produção de uma prova sem ter observado o rigor da Lei que estabelece determinados critérios para sua produção. Geralmente a prova obtida por meio ilegítimo é produzida no curso do processo (LIMA, 2011, p. 886).

DAS TEORIAS: EM FOCO, AS CORRENTES "FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA" E "FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL"

Essa teoria, americana, deve ser entendida no sentido de que a inadmissibilidade das provas ilícitas se estenderá para aquelas provas que derivaram destas, contaminando-as e, portanto, fazendo com as demais sejam imprestáveis ao processo. Essas provas derivadas das ilícitas, apesar de formalmente produzidas de forma válida, estão envenenadas pela ilicitudes das provas originárias, vale dizer por exemplo, que se uma autoridade policial extrair do indiciado uma confissão, usando para isso a tortura, e dessa confissão chegar a outras provas que possam incriminá-lo, resta perfeitamente configurada a ilicitude na prova obtida pela confissão ilícita (LIMA, 2011, p. 892).

Os frutos de uma árvore que se encontra maculada por veneno serão indubitavelmente venenosos, é dessa maneira que é entendida a

teoria, que nasceu com os precedentes de famosos casos que chegaram à Suprema Corte Norte-Americana. No Brasil, a teoria sofreu rejeição pelo Supremo Tribunal Federal, onde os ministros (a maioria) entendiam que a vedação entabulada no art. 5º, inciso LVI não se estendia às provas derivadas, mas tão somente às provas originais. Para o STF, essas provas derivadas seriam consideradas pistas, que teriam sido produzidas licitamente (LIMA, 2011, p. 893).

Sustenta Capez (2011, p. 349), acerca da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que das provas colhidas ilicitamente e das que destas surgirem (com o devido nexo causalidade existente entre ambas), será inevitável a nulidade dos atos que dependeram da existência dessas provas ou que delas sejam consequência. Lançando mão do princípio da proporcionalidade não se pode desprezar totalmente as provas obtidas por meios ilícitos e as que destas surgirem, principalmente pelo fato de que, em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante que a intimidade que se deseja preservar. Deveria acontecer essa flexibilização do uso de provas ilícitas ou ilegítimas sempre que surgir um conflito entre princípios fundamentais elencados na Carta Magna. Neste sentido, para evitar um mal maior, isto é, uma condenação injusta ou a impunidade de indivíduos perigosos, os interesses postos no processo devem ser sopesados, acolhendo um em detrimento de outro.

A proporcionalidade aqui aventada diz respeito ao caráter excepcionalíssimo da admissão de provas ilícitas no processo penal na medida em que a regra geral de inadmissibilidade pode ser suplantada sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância que seja contratante com um direito ou garantia fundamental. Importa esclarecer que, em tese, não há conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que eles se harmonizam, o que existe é um conflito aparente que deve ser resolvido pela regra equilíbrio entres valores contrastantes (CAPEZ, 2011, p. 351-352).

Esta importante teoria diz respeito às provas que são obtidas de fontes que não guardam relação de causalidade com as provas ilícitas ou maculadas por ilicitude originária. A fim de não incorrer em erro quanto à aplicação dessa teoria, é importante que haja demonstração inequívoca de que as provas obtidas são efetivamente oriundas de uma fonte autônoma e não estão contaminadas pelos meios ilícitos (LIMA, 2011, p. 896).

Conforme Lima (2011, p. 897), a partir da reforma processual penal de 2008, a possibilidade de utilização de provas obtidas por fonte independente das ilícitas passou a constar expressamente no texto do Código de Processo Penal, no art. 157, §1º onde se lê "são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

O STF no julgamento do *Habeas Corpus* 83.921/RJ, Relator Ministro Eros Grau, DJ 27/08/2004, mesmo antes da edição da reforma processual penal já adotava entendimento no sentido de permitir as provas obtidas por meios autônomos, conforme a ementa:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.
> 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.
> 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do *writ*. Ordem denegada (HC 83921 RJ – Relator Ministro Eros Grau – DJ 27/08/2004).

Sobre o mesmo olhar, Lima (2011, p. 898) considera importante a observância do parágrafo 2º do art. 157 do Código de Processo Penal no

ponto em que se refere ao que seria fonte independente: "considera-se fonte independente, aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir a fato objeto da prova". Mesmo fazendo menção ao significado da "fonte independente", observa-se pela exegese do texto legal que o legislador se referiu, mesmo que indiretamente, à Teoria da Descoberta Inevitável, que consiste na demonstração de que a prova derivada da ilícita chegaria ao conhecimento do juízo independentemente da prova originariamente ilícita, neste caso, a prova, mesmo derivada da ilícita, deve ser acolhida, pois não guarda nenhuma ligação causal com a originária, portanto, não sofreu contaminação.

Aponta Lima (2011, p. 898), ainda sobre a descoberta inevitável, que a aplicação da teoria não pode ocorrer de forma meramente especulativa, assim como na Teoria da Fonte Independente, é imperioso que se demonstre inequivocamente sobre a existência de dados concretos capazes de conduzir ao convencimento do magistrado acerca da descoberta inevitável.

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça deu interpretação ao §2º do art. 157 do CPP no sentido de considerar que o Legislador estaria se referindo à Teoria da Descoberta Inevitável e não à Teoria da Fonte Independente apenas.

OS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO: O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

A fase de investigação preliminar, também conhecida por Inquérito Policial, que compõe a persecução penal, é encargo da Polícia Judiciária e também do Ministério Público (Princípio dos Poderes Implícitos)[4], mas não é encargo do juiz. Conforme assevera Oliveira (2019, p. 325), "o juiz não tutela nem deve tutelar a investigação". Nem mesmo quando o juiz defere uma interceptação telefônica ocorrida na fase de Inquérito Policial, ele estaria tutelando os interesses da investigação criminal e sim, tutelando as liberdades públicas, fazendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição Federal.

É patente que os elementos de informação colhidos no calor dos acontecimentos da fase investigatória, prescindem de contraditório e de ampla defesa e que estes não poderão, à revelia do primado do devido

processo legal, servirem unicamente para que o juiz conduza uma sentença condenatória. É a cabeça do artigo 155 do Código de Processo Penal (LIMA, 2011, p. 116-117):

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Que foi substancialmente alterado pela Lei 11.690/2008, onde se tinha a seguinte redação:

> Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Neste ponto, merece a crítica instruída por Lopes Jr (2008):

> O art.155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o "exclusivamente" para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial (LOPES JUNIOR, Aury. Bom pra quê (m)? In. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 09).

Com efeito, Lopes Jr e Gloeckner (2013, p. 206) distinguem atos de prova (produzidos em fase processual) de atos de investigação (produzidos em sede de Inquérito Policial) ao passo que:

> Sobre os atos de prova podemos afirmar que:
> a) Estão voltados a convencer o juiz da verdade

de uma afirmação;

b) Estão a serviço do processo e integram processo penal;
c) Dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
d) Servem à sentença;
e) Exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
f) São praticados ante o juiz que julgará o processo;
g) Sujeitam-se aos requisitos normativos, aplicando-se-lhes a teoria dos atos processuais defeituosos (teoria das nulidades);

Substancialmente distintos, os atos de investigação (instrução preliminar):

a) Não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
b) Estão a serviço da instrução preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
c) Servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
d) Não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
e) Servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
f) Não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
g) Também servem de fundamento par decisões intelocutórias de imputação (indicamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
h) Podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária;
i) De acordo com a jurisprudência e doutrina dominantes, não se sujeitam ao controle de validade próprio dos atos processuais (nulidade), (...).

Conforme se extrai dessa cadeia de diferenças existentes entre os atos de prova e os atos de investigação, é perfeitamente perceptível a fragilidade que rodeia os atos de investigação (indícios ou elementos de informação). O que se pode admitir é a verdade processual produzida numa relação dialética entre o magistrado, o órgão acusador e a defesa, com a plena e irrefutável presença do devido processo legal estampado pelo contraditório e pela ampla defesa. Em curta síntese, os atos de investigação deveriam servir apenas às decisões interlocutórias que se produzem no curso da instrução preliminar e na fase intermediária. E mais, servirão também como embrião para o nascimento da ação penal ou o seu não nascimento, no caso dos elementos não tiverem força o suficiente para propagar este nascedouro, neste caso, fica à convicção do Ministério Público ou querelante (LOPES JR e GLOECKNER, 2013, p. 208).

Consoante Carnelutti, as provas produzidas durante a fase de investigação preliminar deverão servir apenas aos fins desta investigação. Os elementos de convicção do magistrado não podem ser outros senão àqueles que ocorreram na sua presença, ou seja, os que ele viu e ouviu, dispensando quaisquer outros elementos que foram colhidos sem a sua ingerência.

Conforme assevera Lopes Jr e Gloeckner (2013, p. 209) o Brasil está vinculado à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que assegura uma série de garantias judiciais, dentre elas a publicidade, o contraditório e a ampla defesa que devem ser observados nos processos. Os atos de investigação têm eficácia limitada pela forma como são praticados, isto é, através de um sistema inquisitório, onde prevalece o sigilo, forma escrita e ausência ou quase ausência de contraditório. Diante da ordem constitucional vigente é inconcebível que atos de investigação, colhidos por uma autoridade administrativa, não investida em jurisdição, possam ter valor probatório na sentença. Além disso, os atos de investigação preconizam o caráter inquisidor da acusação, pois o contraditório, muitas vezes, é meramente aparente e muitas vezes absolutamente inexistente.

Em suma, os atos de investigação devem ter função endoprocedimental, isto é, sua eficácia probatória deve restringir-se à fase de inquérito policial. De fato, acertada é a posição adotada pelo sistema italiano, quando permite que sejam eliminados dos autos do processo, todas

as peças da investigação preliminar, à exceção do corpo de delito e das provas antecipadas que serão produzidas no incidente probatório (LOPES JR e GLOECKNER, 2013, p. 210).

Importante transcrever a seguinte dicção acerca dos atos de informação e a Reforma Processual Penal de 2008:

> No Brasil, a reforma do processo penal de 2008 tratou da restrição probatória dos atos de investigação. Entretanto, através de uma tímida limitação perdeu-se a oportunidade de chegar ao status de uma verdadeira barreira processual quanto à utilização dos atos da investigação preliminar. Refere o art. 155 do Código de Processo Penal que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Como se pode perceber, apesar da aparência de melhoria do sistema, a fim de se evitar a constante e reiterada utilização das informações do inquérito policial na sentença, pensamos que o art. 155 não apenas não evoluiu rumo à restrição à fundamentação da sentença como legitimou a sua utilização, desde que em cotejo com os demais elementos colhidos em contraditório. (...) (LOPES JR. Aury, Ricardo Jacobsen Gloeckner. Op. Cit. 2013, p. 211-212).

A compreensão da crítica externada por Lopes Jr e Gloeckner (2013, p. 212) se funda, principalmente, pela inadmissibilidade de uma interpretação literal do disposto no art. 155 do CPP[5], que dá azo a uma utilização velada dos elementos de informação que compõem o inquérito policial, que justapostos a outros elementos contidos no processo seriam capazes de fundamentar uma sentença condenatória. O mínimo que se exige de um Estado voltado para as tutelas das garantias individuais e coletivas é que tenha magistrados desprovidos de juízo de valor pré-formulados. Esses pré-juízos são um resquício do sistema inquisitório que, apesar de não ter ser sido expurgado do ordenamento pela ocasião

da reforma processual penal de 2008, não poderá contaminar o processo. Caso isso ocorra, fragilizaria todo um sistema de garantias conseguido à duras penas.

A respeito da reforma processual de 2008, especialmente na estrutura do novo artigo 155 do Código de Processo Penal, a proposta da Comissão seria a vedação em absoluto da utilização dos atos de investigação na formação da convicção do magistrado, porém, o Legislador optou por inserir a palavra "exclusivamente" no corpo do artigo, o que o tomou uma lógica diferente da proposta inicial. Com a presença dessa palavra, a interpretação surge da seguinte maneira:

> (...) ao introduzir na nova redação do art. 155 do CPP o advérbio exclusivamente, a Lei 11.690 permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também provas produzidas em contraditório judicial (GOMES FILHO, 2008, p. 251).

Em outras palavras, com a mudança introduzida no artigo, é possível o juiz utilizar-se dos atos de investigação a fim de obter afirmação sobre um fato, mas sob a condição de que existam provas produzidas em contraditório judicial que sejam capazes de confirmá-las. Exemplificando o contexto:

> (...) na situação em que as informações do inquérito policial apontem para a ocorrência de um furto qualificado. Se as provas produzidas em contraditório judicial somente confirmarem a subtração, mas nada disserem sobre a qualificadora, em relação a esse último fato, não haverá convergência e, portanto, o juiz não poderá sobre ele formar o seu convencimento exclusivamente com base nas informações do procedimento investigatório (GOMES FILHO, 2008. p. 252).

Segundo Lopes Jr e Gloeckner (2013, p. 213), isso não poderia acontecer em um Estado de Garantias como o nosso, muito embora, a informação que guarnece o procedimento investigatório preliminar

somente pode ser utilizada quando preenchidos os requisitos de judicialidade que nascem da produção cautelar de provas, e não a simples "convergência" entre os elementos de informação e a prova judicial. O que escapar dessa linha deverá ser descartado, pois inservível às garantias fundamentais e fulminador do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma processual penal de 2008 trouxe significativos avanços ao Direito Processual Penal e em linhas mais específicas, no que diz respeito à disciplina das provas no processo. Porém, a proposta maquinada pela comissão de juristas definitivamente não coaduna com a resposta legislativa trazida pela Lei 11.690/08 pelo menos em parte, conforme a crítica trazida à lume nesse estudo bibliográfico, jurisprudencial e legal.

O inquérito policial é, *a priori*, o mecanismo que o Estado se utiliza para buscar os indícios de autoria e materialidade delitiva, a fim de subsidiar a futura ação penal. Trouxemos que se trata de um procedimento administrativo que é dispensável à propositura da ação penal, muito embora, essa característica de dispensabilidade pouco se observa na prática. Em tese, há a dispensabilidade, de modo que o autor da ação penal (Ministério Público ou querelante) pode se valer de outros meios para dar início à ação, não precisa ficar atrelado ao inquérito. O que deve ser considerado é que a maioria das infrações penais que chegam ao Judiciário são pela via do inquérito policial, que, destaque-se, tem natureza inquisitória, isto é, os atos de investigação colhidos "ao calor dos acontecimentos", dispensam, via de regra, a presença do contraditório e da ampla defesa, princípios fundamentais no processo penal em defesa do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Muito embora seja dessa maneira que o inquérito é produzido, notamos, no decorrer do estudo, que essa "maneira" desumana e cruel de investigar a prática de crimes vem perdendo espaço, pelo menos no cenário internacional. Entendemos que não se pode condenar unicamente com as provas que são produzidas no inquérito policial, fizemos à crítica específica ao termo "exclusivamente" utilizado no *caput* do art. 155 do CPP, já que essa possibilidade dá margem a uma interpretação de que o magistrado poderia corroborar as provas produzidas no processo e cotejá-las com os indícios trazidos do inquérito policial. Consideramos

a possibilidade acolhida pela doutrina italiana, que prevê o completo desentranhamento dos autos do "inquérito" da fase processual, já que este instrumento deveria servir apenas ao MP ou ao querelante no sentido de propor a demanda penal.

___

THE RESEARCH ACTS OF THE INVESTIGATION POLICE AND ASPECTS OF THE REFORM PROCESS PENAL 2008

ABSTRACT: In 2008 there was Criminal Procedure Reform, some of which materialized proceduralist criminal complaints in the community, however, with regard to matters of evidence, despite substantial changes, there are still misconceptions that need to be further analyzed. One of these points, which is the main subject of this study, it is about the way the judiciary treats the acts of investigation from the police inquiry, because its conviction about the conviction for the offense may not, at least in theory, if worth of data elements collected in the pre procedural. The magistrate can not suffer contamination with the information, that would undermine their impartiality. If that happened, there would be a real shame to primates and Constitutional guarantees fundamental achieved over all these years. The due process of law, constitutional principle, also present in international treaties on human rights, establishes safeguards must be observed in a process. Docked to these guarantees are the principles of adversarial and legal defense that define basic parameters for making human dignity is respected at the cruelty of criminal proceedings. Because the investigative phase to be inquisitorial model, adopted by Code 41 and still in force today, there is no such minimum guarantees, at least not in the way that the Constitution establishes. Mainly for this reason, the study of literature on the subject comes to differentiate acts of evidence of acts of investigation, where the latter produced in inquisitorial phase and, as a rule, disregarding the contradictory or defense.

KEYWORDS: Acts evidence. Acts of investigation. Due process of law. Police investigation.

Notas

1 Art. 5º, inciso XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso LVII.

3 Ônus de Provar.

4 Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos' segundo o qual, quando a CF concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia. Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público" (HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.).

5 Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

BUENO. Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Reformas No Processo Penal*: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma – Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

LEITE, Ruano Fernando da Silva. In: *Princípio do Contraditório*. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=754> acessado em 28/11/2012. Às 21:10h.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. Niterói, RJ: Ímpetus, 2011.

LOPES Jr., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Bom pra quê (m)?* In: Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 09.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol I. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LINGUAGEM NÃO VERBAL: INSTRUMENTO DE PODER PARA A PSICOLOGIA JURÍDICA NA BUSCA DA JUSTIÇA

Ana Cristina de Matos*

RESUMO: O presente trabalho apresenta de forma fundamentada a essência da linguagem, especialmente, a não verbal, como instrumento de poder na busca da Justiça. Leva-nos a uma reflexão da importância da Linguagem não verbal para o ordenamento jurídico servindo como instrumento necessário para a Psicologia Jurídica. Permite uma constante evolução interpretativa, condicionada por uma textura aberta da linguagem, em que observar, interpretar e desvendar gestos se tornam instrumentos poderosos para a Psicologia Jurídica oportunizando ao Direito uma visão mais avançada e reconstrutiva da própria legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Linguagem não verbal. Direito. Justiça. Poder. Interpretação. Psicologia Jurídica.

I INTRODUÇÃO

A comunicação é algo inerente à sociedade e à linguagem é ferramenta primordial no processo comunicativo, ou melhor, é algo essencial. Podemos compreender melhor essa afirmação, quando imaginamos a primeira como um poço profundo, do qual não pode usufruir de sua água se não tivermos uma enorme mangueira. Esta seria a linguagem. A água nesse processo seria as várias formas de linguagem que chega, até mesmo, a se confundir com a própria comunicação. Assim, a comunicação seria gênero e a linguagem espécie.

Como o próprio nome reforça, linguagem de acordo com Sérgio Ximenes[1] quer dizer: 1. Faculdade humana de comunicação por meio de signos ou de sons cujos significados são estabelecidos por convenção. 2. Maneira peculiar de se expressar pela linguagem, utilizada por um indivíduo, grupo, etc. 3. Vocábulo, palavreado. **4. Tudo o que serve para expressar ideias, sentimentos, etc**. Aprofundaremos-nos na expressão

* Advogada OAB/BA43118, graduada pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais-AGES.

em destaque para mostrar a importância da linguagem não verbal para o Direito. Quando nos referimos a "expressar ideias, sentimentos" por trás dessas expressões se esconde o domínio que a linguagem carrega que é bem mais forte e profundo do que imaginamos ou simplesmente conseguimos visualizar.

Desde que nascemos, estamos mergulhados no mundo da linguagem. Tanto a linguagem verbal, quanto a não verbal estão intrinsecamente ligadas à espécie humana com a finalidade de compreender o mundo e ser compreendido. O pensamento do ato se externa através da linguagem, que vai além de um mero instrumento de comunicação.

Entre as várias formas de linguagem, trataremos aqui em especial, da linguagem do corpo, fundamentado no livro de Pierre Weil: *O corpo fala: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal.* A linguagem corporal é uma ferramenta de comunicação, sendo assim, se você consegue entender o que o corpo tem a dizer, conseguirá entender melhor o que os outros estão dizendo, e também transmitir melhor a sua mensagem.

Vale ressaltar, que a linguagem é instrumento essencial para todos os ramos do Direito, em especial para o Direito Penal. Dessa forma, não podemos afirmar que é somente instrumento do Direito Penal. Destaca-se este ramo do direito, pelo fato da predominância do discurso como arte decisiva nos Tribunais de Júri. Portanto, para Claudinei Jair Lopes[2] na introdução do seu livro *Manipulação da linguagem e linguagem da manipulação,* já citado anteriormente*,* diz que*:* "a comunicação é um processo dinâmico, e a linguagem constitui ponte mediadora que possibilita o acontecer deste processo". Estando presente em todo ordenamento jurídico, pois para a hermenêutica a linguagem é ferramenta indispensável. Eros Roberto Grau nos confirma isto quando diz:

> "As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete"[3].

Assim sendo, o intérprete citado por Grau, produz o significado da norma por outro modo, se não através da linguagem? É imprescindível frisar que, Direito é linguagem! E a interpretação é fator imperioso para o seu entendimento. É nessa interpretação que promotores e advogados, como classe dominante, se utilizam da magnífica arte de seduzir para atingir o resultado desejado. Porém, é observando a outra face da linguagem que o presente trabalho traça a sua discussão: A linguagem não verbal. Destarte, fundamentada em trechos do livro *A prova é a testemunha* de Ilana Casoy, em que relata o julgamento do "Caso Isabela", mostra a importância de uma interpretação detalhada através da linguagem do corpo para obter respostas com a finalidade de buscar a justiça.

II A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA O DIREITO

Passamos muito tempo para descobrir a importância da linguagem em nosso meio, ou melhor, muito tempo para descobrir que somos a própria linguagem, se é que podemos usar essa afirmativa. Símbolo vivo que modela o pensamento, sentimentos, emoções, vontades e atos, é marca da personalidade, da terra natal e da nação, título de nobreza da humanidade. Não dá para pensar no homem sem pensar na linguagem. Os dois são inseparáveis. Sutilmente domina a sociedade, através de discursos e ideologias. Não serve somente para dar conta do que existe, do que percebemos, sentimos ou pensamos, mas possibilita que novas coisas aconteçam, pois agora compreendemos que linguagem é ação que permite transformação.

Struchiner escreve sobre a textura aberta da linguagem e mostra que possibilita uma construção da teoria do direito mais fidedigna. "Que ela oscila entre a necessidade de certeza e a necessidade de deixar certas questões em aberto para serem apreciadas no tempo adequado". Para uma melhor compreensão afirma Struchiner:

> "A textura aberta não contribui apenas para o funcionamento do direito, permitindo que o escopo das regras jurídicas seja lapidado nos casos situados na região de penumbra. Na verdade, o fenômeno da textura aberta da linguagem, além de ser uma característica inerente à natureza da

> linguagem, contribui para a nossa comunicação cotidiana. A textura aberta de um termo geral permite que ele passe a englobar as novidades da vida."[4]

A textura aberta da linguagem a qual descreve Struchiner dar amplitude à interpretação e favorece a sedução, bem como permite que façamos uma compreensão "do não dito" através da linguagem não verbal.

Podemos afirmar que o direito é um conjunto de normas obrigatórias que garantem a convivência social; a Psicologia é a ciência que estuda o comportamento dos seres humanos e seus processos psíquicos. Portanto, percebe-se que o ponto de interseção e distanciamento entre as duas ciências está no fato de que para entender a sociedade em sua dinâmica e complexidade, as ciências humanas foram divididas em vários campos de conhecimento que ao mesmo tempo se complementam, interferindo e colaborando umas com as outras. Sendo assim, a Psicologia surge para direcionar a aplicabilidade da norma jurídica, ou seja, atua visando ponderar a aplicabilidade da norma em face dos estudos levantados com base no caso concreto. Mais uma vez é imperioso afirmar que a Psicologia é arma para o Direito na busca da justiça, com a finalidade exclusiva de interpretar e desvendar a linguagem silenciosa da comunicação não verbal.

O corpo é o espelho do inconsciente. Mostra através de gestos inconscientes, algo que estamos sentindo, ou mesmo tentando esconder ou disfarçar, e não queremos falar. Assim nos diz Pierre Weil: ***"[...] o corpo expressa os nossos pensamentos, as nossas emoções e as nossas reações instintivas"*** [5]**.**

Destarte, em relação à outra face da linguagem, nota-se a relação de conteúdo entre o livro *Manipulação da linguagem e linguagem da manipulação,* anteriormente citado, e o livro *A sedução no discurso - O poder da linguagem nos tribunais de júri* de Gabriel Chalita. Ambos utilizam a obra fílmica para mostrar com clareza a manipulação causada pela linguagem. Chalita fala em um dos filmes citados em sua obra, sobre o clima favorável, em que o uso da pausa, do silêncio para o desfecho da conclusão confunde o júri e essa confusão resulta em sedução e manipulação. É um emaranhado de palavras, atitudes, silêncios nos momentos adequados e simulação que formam a arte da sedução. Pois as palavras precisam estar acompanhadas de contexto físico, ambiental

e emocional. Vale destacar, o silêncio, pois este se encaixa como um dos elementos de sedução da linguagem. Assim, podemos dizer que a linguagem se faz presente no silêncio para exercer o seu poder de atração, quer seja para o bem, ou para o mal. Essa ideia é abordada por Gabriel Chalita quando ele enfatiza:

> O silêncio predispõe. O silêncio aciona um estado de alerta, para o bem ou para o mal. O silêncio acumplicia. O silêncio envolve. O silêncio acoberta. O silêncio funciona, portanto, como um signo, com significados que variam de acordo com o contexto, a forma e o momento do discurso em que se insere.[6]

No livro A *Manipulação da linguagem e linguagem da manipulação,* fundamenta-se no filme *A fuga das galinhas* para mostrar os efeitos causados pelo filme em nós, telespectadores. Transportamo-nos para a realidade mostrada pela obra fílmica e chegamos a enxergar as galinhas como se fossem seres humanos. O discurso sedutor é a persuasão leve em que se busca agradar, fascinar, envolver o ouvinte.

Os recursos disponíveis para a formação do argumento, por fim, consiste na arrumação dos elementos que compõem a sedução, levando-se em conta as particularidades dos seus espectadores. Conhecer o público para qual se produz um discurso de convencimento é um dos elementos indispensáveis para que sua retórica seja eficaz. Confirma essa ideia um trecho do livro de Ilana Casoy:

> Entram em plenário os jurados, quatro mulheres e três homens. Cinco deles nunca participaram de um júri, o que deu início a várias teorias sobre um possível resultado [...] Achava difícil um jurado condenar em sua primeira atuação, precisaria estar muito convencido [...] outros se manifestaram sobre os sexos, se era melhor ter mais homens para a Defesa ou mais mulheres para a acusação.[7]

A empatia está intrinsecamente ligada a esse processo de argumentação, pois é preciso se colocar no lugar do outro, no intuito de entender seus sentimentos, sua opinião, seus anseios. Chalita define empatia como o

processo de identificação subjetiva em que uma pessoa, por meio de suas capacidades racionais e emocionais, se coloca no lugar de outra, para entender suas emoções e opiniões a partir da visão do outro. Ainda complementa: *"Através da empatia, somos capazes de vislumbrar o mundo e a nós mesmos segundo o modo como o outro os vê"* .[8]

Percebe-se a importância dos elementos que se tornam cruciais para um bom discurso. Sabemos que os Tribunais estão cheios de atores e atrizes que através da sua encenação convencem pessoas a mudarem de opinião ou até mesmo de chegarem à conclusão de que suas verdades não são verdades. Não queremos defender a tese de que advogados e promotores mentem para conseguir seus objetivos, mas é necessário frisar que cada um, acredita em uma verdade e, usando de todos os artifícios que encontram a defendem, atraindo as outras pessoas a acreditarem em sua verdade.

A obra em estudo nos confirma o que foi citado anteriormente quando o advogado de defesa, Roberto Podval, fala da mãe da vítima, Ana Carolina Cunha de Oliveira, como parte interessada, visto que até contratou uma advogada para assistir ao Ministério Público, afirmando que ela não estava interessada na justiça, mas sim, na versão dos fatos que acreditava ser verdade.

No encantamento cinematográfico existe um trabalho voltado para a manipulação através do visual. A imagem é valorizada ao extremo com o objetivo único de comover, transportar para outra realidade. Corrobora Ilana Casoy:

> As maquetes do prédio e do apartamento estão instaladas na frente da sala e da primeira fila da plateia. É enorme, impressionante, e com certeza vai colocar os jurados no local dos fatos, permitindo que percebam as proporções reais, as distâncias, [...] A maquete do apartamento é mais impactante, porque tem todas as paredes de vidro e as manchas de sangue.[9]

Quando não há o encantamento cinematográfico tudo é baseado numa perspectiva visual, entram em cena os gestos, a descrição a entonação da voz, o silêncio, o ritmo, tudo na busca de envolver e fazer o outro viajar no seu mundo.

Apóia Chalita:

> O desafio de quem busca seduzir através do discurso consiste em fazer das palavras imagens, o que se obtém por meio de descrições de detalhes que prendem a atenção do receptor, das pequenas coisas que compõem um cenário e que exercem atração sobre quem ouve"[10].

Outrossim, percebemos que entre os elementos da linguagem, a palavra é o elemento maior da sedução, claro que combinada com outros elementos exerce maior domínio sobre a pessoas. Ela é ferramenta fundamental à disposição dos operadores do direito no exercício da função. Dessa forma, é indispensável lembrar os princípios como basilares do ordenamento jurídico. Entre eles, não podemos deixar de citar o princípio da oralidade, um dos princípios fundamentais para o processo no ordenamento jurídico e, exerce forte influência no texto do livro em estudo: *A prova é a testemunha* de Ilana Casoy. Quando falamos em oralidade, estamos nos referindo à "palavra" como mecanismo essencial que permeia o processo. Como disse Chalita em sua obra: ***"Ela é, mais do que por assim dizer, a ferramenta do profissional de Direito".***[11] Através da palavra é possível transportar-nos para outra realidade, de um estado emocional para outro. Palavra é poesia, é encanto, e só quem sabe manuseá-la é capaz de produzir discursos encantadores, convincentes. Porém, como qualquer outra linguagem, **a não verbal**, é arma para o direito. É possível observar através de gestos e expressões faciais as verdades que escondidas atrás de um belo discurso ou de algumas palavras. Vejamos em trechos da obra *A prova é a testemunha*: "***[...] Alexandre meneia a cabeça discordando, ri, tira os óculos e limpa-os."*** Ainda em outro trecho: ***"O pai do réu faz uma cara de indignação e Rogério Neres nega com a cabeça".***[12]

Neste trilhar, não é diferente o posicionamento de Pierre Weil: ***"[...] linguagem silenciosa do corpo que muitas vezes contradiz a palavra falada mas diz a verdade nua e crua é, como você já deve ter percebido, completamente inconsciente."***[13]

Portanto, é imprescindível dizer que a Psicologia Jurídica é uma ciência auxiliar da justiça. É a visão perdida do Direito. A Psicologia alcança onde o direito material não alcança, estabelecendo relação entre

o litígio e a verdade. É relevante a citação de trechos da obra *A prova é a testemunha* para retratar o posicionamento da importância da Psicologia para o Direito, no intuito de entender e interpretar a linguagem corporal: ***"Ele coçou várias vezes a cabeça e balançou a perna freneticamente"[14].*** Ainda em outro trecho: ***Alexandre observa atento a todas as respostas da perita, esticando-se para enxergar o telão, se ajeitando na cadeira e finalmente apoiando o cotovelo no joelho e a mão no queixo"[15].***

Pierre Weil, em seu livro *O corpo fala*, vem nos confirmar a ideia supracitada:

"Alguém à sua frente cruza ou descruza os braços, muda a posição do pé esquerdo ou vira as palmas das mãos para cima. Tudo isso são gestos inconscientes e que, por isso mesmo, se relacionam com o que se passa no íntimo das pessoas."[16]

De acordo com o livro *A prova é a testemunha* que narra o julgamento dos acusados do Caso Isabella, algumas ou a maioria das provas constituem uma linguagem não verbal, até serem analisadas, interpretadas, decifradas e, essencialmente, dizem mais que o testemunho relatado pela linguagem verbal.

Quando Chalita diz que a linguagem é ferramenta do profissional do direito, ele o disse em todos os sentidos. É possível perceber duas faces da linguagem, uma que quer convencer, manipular de acordo com os interesses do emissor; outra que de alguma forma está o todo presente, não consegue esconder a verdade, entretanto, de difícil compreensão e interpretação.

Somos seduzidos pelo artifício do bom discurso, mas se preparados, somos capazes de saber que as palavras ditas não estão em sintonia com o seu corpo, ou seja, o corpo fala; é analisando os movimentos involuntários do corpo que obteremos respostas.

Somos convidados a entrar em outro mundo, acabamos entrando mesmo quando não queremos. O som, o tom de voz, os gestos, a descrição, o olhar, o silêncio... São armadilhas que nos prendem como feras domesticadas. Mas são com esses mesmos artifícios que podemos enxergar, desvendar e encontrar respostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linguagem é ferramenta imprescindível no Direito. Interpretá-la das mais variadas formas é arma poderosa nas mãos dos operadores do

Direito. No livro *A prova é a testemunha*, vimos que o Tribunal do Júri é palco de sedução e convencimento, em que é preciso refletir sobre o que os jurados desejam ouvir ou precisam ouvir. A linguagem é ferramenta fundamental na produção do espetáculo. No entanto, é primordial que estejamos preparados para entender e desvendar o discurso oculto da linguagem do corpo. O envolvimento causado pelo discurso sedutor nos faz transcender, sair de corpo e alma para uma realidade onde predomina a emoção, o fascínio que nos encanta. Em todo o ordenamento jurídico a linguagem é essencial, mas destacamos o direito penal, pois este se utiliza como ferramenta básica para a função de advogados e promotores nos tribunais de júri. Merece destaque a valorização das especificidades do público com quem se vai trabalhar. O conjunto de elementos que compõe a sedução é o que produz a melhor argumentação. Persistindo a doce ilusão no corpo de jurados de que tomaram a decisão mais justa, porém arrebatados pelo comovente discurso de quem melhor encenou, foram convencidos a acreditar na verdade do melhor argumento.

Para que possamos entender o significado da linguagem verbal, precisamos fazer uma leitura corporal analisando o contexto da situação, que somente terá sentido quando os gestos apontarem uma coerência da comunicação corporal. A linguagem corporal quando bem interpretada ajuda-nos a entender determinados comportamentos, e nos permite agir de forma mais inteligente, na busca da justiça.

Portanto, conclui-se que a Linguagem e o Direito são inseparáveis. E vai, além disso, porque a linguagem é arma de transformação social. Ela perpassa todas as ciências e impõe seu domínio, pois linguagem é poder. Quem a domina está no topo da pirâmide, possui um dos melhores artifícios da manipulação e interpretação.

NON-VERBAL LANGUAGE: POWER TOOL FOR FORENSIC PSYCHOLOGY IN THE PURSUIT OF JUSTICE

ABSTRACT: This paper presents a reasoned manner the essence of language, especially the non-verbal, as an instrument of power in the pursuit of justice. It leads us to a reflection of the importance of non-verbal language for the legal system serving as a necessary tool for the Legal Psychology. Allows a constant interpretive evolution, conditioned by an open texture of language, where observe, interpret and unravel gestures become powerful tools for Forensic Psychology Law providing

opportunities to more advanced vision and reconstructive their own legislation.

KEYWORDS: Non-verbal language. Law. Justice. Power. Interpretation. Legal Psychology.

Notas

1 XIMENES, Sérgio. *Minidicionário Ediouro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
2 LOPES, Claudinei Jair. *Manipulação da linguagem e linguagem da manipulação*: estudo do tema a partir do filme A fuga das galinhas. 1. ed. São Paulo: Paulinas, 2008.
3 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
4 STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122.
5 WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala*: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 66. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
6 Chalita, Gabriel. *A sedução no discurso*: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
7 Casoy, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010, p. 24 e 25.
8 Chalita, Gabriel. *A sedução no discurso*: o poder da linguagem nos tribunais de júri. p. 17. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
9 Casoy, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010, p. 43.
10 CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso*: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.
11 Idem. p. 59.
12 CASOY, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010, p. 52.
13 WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala*: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 66. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 258.
14 CASOY, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010, p. 62.
15 CASOY, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010, p. 97.
16 WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala*: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 66. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 258.

REFERÊNCIAS

CASOY, Ilana. *A prova é a testemunha*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.
CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso*: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. são Paulo: Malheiros, 2006.
LOPES, Claudinei Jair. *Manipulação da linguagem e linguagem da manipulação*: estudo do tema a partir do filme A fuga das galinhas. 1.

ed. São Paulo: Paulinas, 2008.
XIMENES, Sérgio. *Minidicionário Ediouro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala*: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 66. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Cláudio Bosco Lima Teles*

RESUMO: O estudo a seguir apresenta uma análise sobre as provas ilícitas e a possibilidade de sua admissão no direito penal brasileiro. Preliminarmente, aborda-se o instituto das provas para melhor compreensão do tema. Em seguida, busca-se diferenciar 'princípio' e 'regra' para adentrar na conceituação do princípio da proporcionalidade e sua aplicação para afastar a vedação às provas ilícitas. Ademais, utilizando-se da legislação brasileira específica sobre o tema, foi possível observar que ainda não há posição firmada acerca do conflito investigado. A pesquisa pretende demonstrar que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma no ordenamento jurídico, para evidenciar a possibilidade de admitir as provas ilícitas no processo penal aplicando o princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo um estudo da prova ilícita no processo penal brasileiro, abordando a possibilidade de sua admissão dentro do ordenamento jurídico nacional. Para tanto, o trabalho foi dividido em três seções, as quais serão abordadas com fundamento na doutrina. Vale destacar que aqui não há a pretensão de esgotar o tema, principalmente por envolver questões que não apresentam posicionamento unificado, ao revés, encontrando-se diversas linhas interpretativas que divergem sobre a admissão da prova ilícita no direito brasileiro.

A primeira seção trata da instituição da prova no direito penal

* Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit) em 2011; Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp/LFG) em 2016; E-mail: cblteles@gmail.com.

brasileiro trazendo o conceito, os princípios gerais, os meios de prova, ônus da prova, sistemas de valoração da prova, a classificação, e, ao final, aborda brevemente o instituto da prova ilegal especificamente.

A seção seguinte apresenta uma reflexão acerca do conceito geral de 'princípios' no âmbito do ordenamento jurídico, ao tempo em que é trazida uma abordagem sobre o princípio da proporcionalidade e a sua relação com outros princípios penais constitucionais. Ademais, são apresentadas algumas proposições acerca dos Direitos Fundamentais, com base na Constituição Federativa do Brasil.

Para fechar o artigo, uma última seção toma o tema propriamente dito, abordando a inadmissibilidade das provas ilícitas no direito penal pátrio e a possibilidade de relativização no plano teórico com base em uma interpretação de prevalência de princípios.

Vale destacar que o artigo em questão toma os princípios teóricos e metodológicos da pesquisa qualitativa já que prioriza o debate teórico em detrimento dos dados quantitativos. E quanto à metodologia, o texto prioriza o emprego do método indutivo e toma, principalmente, referências bibliográficas como fonte.

2 CONCEITO, OBJETIVO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra "prova" vem do latim "probatorio" e significa "demonstrar, formar juízo de". Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 553 a 554), prova é:

> (...) antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Para Mirabete (2006, p. 257), provar é:

> produzir um estado de certeza, na consciência e

> na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Dessa forma, provar é demonstrar para o juiz que o fato alegado é verídico ou não. De maneira complementar, Nucci (2007, p. 338) apresenta os seguintes conceitos fundamentais para uma compreensão completa do conceito de prova:

> (...) a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

A Teoria Geral da Prova no Processo Penal está regulada no Título VII CPP, a partir do art. 155, que assim dispõe:

> Art. 155. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

De acordo com os pressupostos acima, prova significa o processo, elemento, meio ou instrumento pelo qual se pretende convencer ou demonstrar para o juiz que um fato é verdadeiro ou não dentro de um processo judicial e serve para embasar a decisão do magistrado, além disso, serve também para que a sociedade verifique a fundamentação da sentença e a sua regularidade, tudo conforme o sistema do livre convencimento regrado ou motivado.

A sistemática do livre convencimento motivado do julgador na livre

apreciação da prova é a regra no direito penal brasileiro, contrapondo-se ao sistema de provas tarifadas, aplicado somente excepcionalmente. Este é estabelecido diretamente pela lei, indicando determinados "pesos" que cada prova possui, num sistema de apreciação bastante rígido para o juiz. Assim, neste sistema, por exemplo, a confissão deveria possuir valor máximo, de forma que sendo o réu confesso, o juiz deveria condená-lo, ainda que todas as outras provas indicassem o contrário.

Aplicamos esse sistema, por exemplo, para a extinção da punibilidade pela morte do agente, há a necessidade da certidão de óbito; ou quando a prova depender de questão sobre o estado das pessoas, que terá que ser resolvido no juízo cível; nesses casos esses são os únicos meios de provas possíveis para a resolução da questão, por isso, tarifada.

O objeto da prova recai sobre o fato que se pretende provar verdadeiro. Pode ser dividido em duas espécies: direta, quando se refere diretamente ao fato cuja prova é desejada; e indireta que é aquela relativa a outros fatos, chamados de indícios. Dessa maneira, alcança o fato principal por meio de deduções lógicas.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Os princípios são as normas gerais superiores, são as bases do ordenamento jurídico. Assim, os princípios gerais da prova no processo:

A) AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES

Segundo Aranha, o principio em questão prevê que cada parte assuma e suporte as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos internacionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar (2006, p. 32-33). Vale dizer que o princípio da autorresponsabilidade das partes denota que as partes são responsáveis pela produção ou não das provas e das suas consequências.

B) COMUNHÃO OU AQUISIÇÃO DA PROVA

Este princípio indica que, uma vez produzida, a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais a nenhuma das partes.

Segundo Capez, "no campo penal, não há provas pertencentes a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e servem ao interesse da justiça" (2007, p. 315).

C) ORALIDADE

Por este princípio entende-se que deve haver a predominância da via oral sobre a escrita. Retomando Aranha, "os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No Júri e no processo sumário os debates são orais" (2006, p. 32-33).

D) PUBLICIDADE

Conforme ensina Capez, "os atos judiciais são públicos, admitindo como exceção o segredo de justiça" (2007, p. 315). Além disso, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LX: 'a lei só poderá restringir a publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem'.

E) VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

F) LIBERDADE PROBATÓRIA

Este princípio tem o escopo de buscar a verdade dos fatos, assim decorre do princípio da verdade processual, por isso há uma grande liberdade na produção das provas, porém essa liberdade não é absoluta, sofrendo algumas restrições. Por exemplo: O CPP, art. 155, parágrafo único, diz que somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições de que dispõe a lei civil.

2.2 MEIOS DE PROVA

De acordo com Tourinho Filho (2009, p.563), meio de prova é tudo aquilo que pode servir direta ou indiretamente para a comprovação da verdade que se busca no processo. Ou seja, são instrumentos utilizados para produzir a prova e levá-la ao conhecimento do magistrado.

Desta forma, elas podem ser classificadas como nominadas e inominadas. As primeiras referem-se aos meios de produção previstos expressamente em lei; já as provas inominadas tratam dos meios de produção não disciplinados em lei. Ambas são aceitas, pois no direito penal pátrio é permitido o uso de meios de provas atípicos, desde que moralmente legítimos e legais. Assim, pode-se afirmar que meio de prova é o instrumento usado para provar o alegado.

2.3 ÔNUS DE PROVA

Conforme os ensinamentos de Capez, a prova constitui um ônus e não uma obrigação contratual, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. Dessa forma, pode-se conceituar ônus da prova como o encargo que têm os litigantes de provar a verdade dos fatos (2007, p. 311).

Trata-se de uma faculdade das partes, em que a parte omissa assume as consequências de sua omissão, segundo o professor Renato Brasileiro, (2015, p.595), há duas correntes acerca da distribuição do ônus da prova: a que aponta ser ônus exclusivo da acusação e a que distribui o ônus entre as partes no processo penal.

Apesar do ônus da prova ser de quem alega o fato, ou seja, distribuído entre as partes, o art. 156, CPP, prevê que ao juiz é facultado ordenar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevante, e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

2.4 SISTEMA DE VALORAÇÃO

São três os sistemas probatórios, quais sejam, o sistema legal de provas ou tarifário; o sistema da intima convicção e o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, que é o adotado pelo nosso CPP. Segundo este princípio o juiz pode valorar a prova livremente conforme sua convicção, podendo até dispensar provas que achar desnecessárias, ficando, apenas, adstrito a motivação da sua decisão.

2.5 PROVAS ILEGAIS

Provas ilegais são um gênero do qual derivam três espécies: provas ilícitas, provas ilícitas por derivação e provas ilegítimas. Segundo Capez (2007), quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Já quando a norma afrontada tiver natureza processual ela será chamada de ilegítima, porém, para o art. 157, do CPP, as normas que violarem o direito material e o processual são ilícitas. Já nas provas ilícitas por derivação, a produção não se dá de forma independente, sendo derivação de outras provas.

Desse modo, podemos dizer que a reconhecida *teoria dos frutos da árvore envenenada* quer dizer que quando uma prova ilícita for obtida através de outra prova ilícita, esta contamina aquela com a ilicitude. Excepcionada essa teoria em duas situações. A primeira é quando a prova ilícita teria sido obtida inevitavelmente pela autoridade, chamada de teoria da descoberta inevitável e a segunda se dá quando a descoberta da prova ilícita tenha sido obtida por fonte independente.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já foi destacado, os princípios são as bases do ordenamento jurídico num dado contexto teórico. Silva traz o seguinte conceito para princípios:

> (...) princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. E, nesta acepção, não compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente constituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática e proteção dos direitos (2007, p.178).

Ao tempo que conceitua 'princípio', o autor esclarece que as regras são imediatamente descritivas, pois estabelecem obrigações e proibições. Isso se dá mediante a descrição da conduta a ser cumprida tendo

como característica a "previsão do comportamento". Já o princípio, é imediatamente finalístico, pois a sua graduação ou aplicação depende dos efeitos decorrentes de uma situação que comporte os pressupostos necessários tendo como característica a "determinação da realização de um fim juridicamente relevante".

Diante disso, pode-se dizer que os princípios, de forma geral, são mais abstratos, podem coexistir mesmo quando se colidem e possuem uma importância maior que a das regras, pois, fundamentam todo o ordenamento jurídico, ou seja, até as próprias regras. Esse conceito nos leva a compreender as peculiaridades do objeto do capítulo em questão, o princípio da proporcionalidade.

O princípio em apreço é oriundo do Direito alemão, e busca estabelecer o equilíbrio entre garantias em conflito por meio da verificação de como um deles pode ser limitado no caso concreto, tendo em vista, basicamente, a menor lesividade.

Ele não está previsto expressamente na Constituição, mas é um princípio implícito que encontra respaldo em várias normas constitucionais, como por exemplo, no direito de resposta proporcional ao agravo, no âmbito penal, e na individualização da pena, que será proporcional ao delito cometido.

Para Bonavides, o princípio da proporcionalidade pode ser elevado ao patamar de justiça e garantia do indivíduo contra o excesso de poder. Possui função orientadora na interpretação e aplicação de outros princípios e normas, atuando na proteção dos direitos fundamentais, buscando alcançar de maneira justa os objetivos da Constituição. (2006, p.434-436).

Ademais, o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, não se confunde com o princípio da razoabilidade, enquanto aquele pretende solucionar a colisão de direitos fundamentais, este serve para valoração dos atos emanados do poder público, para que sejam dotados de justiça, bom senso, razão. Avaliar se um interesse é legitimo ou não.

A grande maioria dos princípios, relacionados ao ordenamento jurídico brasileiro, está elencada na Constituição Federal, sob o título "dos direitos e garantias fundamentais", que vai do art. 5º ao 17. Segundo Afonso da Silva, a expressão mais adequada seria "direitos fundamentais dos homens", pois além de referir-se aos princípios que resumem a

concepção do mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, ainda, caracterizam os direitos fundamentais como históricos, irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis. Ou seja, são direitos que surgem e modificam-se conforme a evolução histórica. (2007, p.178).

Ora, os Direitos Fundamentais são aqueles inerentes ao ser humano, que limitam e impõem ao Estado seu respeito e cumprimento. São direitos que asseguram, principalmente, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade e a convivência digna para todas as pessoas.

4 POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO BRASILEIRO

No âmbito do Direito Penal, as provas constituem elemento fundamental, visto que formam a base para o convencimento do magistrado e podem ser utilizadas como fundamento da sentença. Além disso, a prova também tem seu valor de provar a verdade nos autos, na busca pelo culpado da infração penal.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas, também elenca vários princípios e garantias individuais que acabam por colidirem. Nesse contexto, surge a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, para que seja feita uma análise no caso concreto que possa identificar qual o princípio mais importante e sobrepô-los em relação aos autos.

A eventual possibilidade de o réu utilizar-se de uma prova ilícita sendo ela a única forma de provar sua inocência, pode ferir alguns princípios constitucionais, mas ao analisar qual direito é mais importante no caso concreto é possível aceitar a possibilidade da prova ilícita.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência, majoritárias, defendem a não utilização das provas ilícitas, excepcionando a sua não aplicabilidade apenas se não evidenciado o nexo de causalidade entre ela e a tida como ilícita, bem como se ela puder ser obtida por fonte independente da ilícita (art. 157, § 1º, do CPP). Considera-se fonte independente aquela que por si só, segundos os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova (art. 157, § 2º, do CPP). Acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, uma vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.

Nesse contexto Capez expõe seu posicionamento:

> Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflitos sobre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz deverá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de criminosos perigosos. Os interesses que se colocam em posição antagônica, precisam ser cortejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (2007, p. 325).

Assim, o princípio da proporcionalidade quando aplicado para afastar o princípio da vedação das provas ilícitas não tem o escopo de ferir um direito individual, mas, ao contrário, pretende assegurar o exercício do outro direito de maior importância.

5 CONSIDERALÇÕES FINAIS

Como se pôde ver, a prova constitui um elemento de grande importância no processo judicial, tendo em vista que influencia diretamente na convicção do juiz e da sociedade, convencimento este que pode acarretar a absolvição ou a condenação.

No Processo Penal há vários tipos de provas que podem ser usadas, testemunhais, periciais, documentais, etc, porém esta faculdade possui algumas limitações, dentre elas a principal é a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Em regra, a prova ilícita deve ser desentranhada do processo, porém como qualquer outro princípio no ordenamento jurídico brasileiro, não tem caráter absoluto. Nesse contexto, pode surgir a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas seria ignorado quando em

conflito com outro princípio de maior valor.

Além do princípio da proporcionalidade, outro motivo para admissão das provas ilícitas no processo é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal quando é possível demonstrar sua inocência por uma prova admitida ilicitamente.

Atualmente a teoria mais aceita é da inadmissibilidade das provas ilícitas, mas a teoria da proporcionalidade vem tomando corpo nas discussões jurídicas.

Diante disso, nem mesmo os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LV), não podem ser tidos como absolutos, na medida em que o próprio diploma contempla regra de exclusão, ao considerar como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, pode-se concluir, de acordo com a pesquisa aqui apresentada, que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma no ordenamento jurídico. Além disso, ao princípio da proporcionalidade é conferido o papel de evidenciar as contradições e potencialidades.

___

ADMISSIBILITY OF ILLICIT PROOFS IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The following study presents an analysis of the illegal evidence and the possibility of admission in the Brazilian criminal law. Preliminarily, we discuss the institute of evidence to better understand the subject. Then, we try to differentiate 'principle' and 'rule' to enter in the conceptualization of the principles of proportionality and its application to remove the seal to the illegal evidence. Furthermore, using the specific Brazilian legislation on the subject, we observed that there is still not settled position on the conflict investigated. The research aims to demonstrate that the constitutional principle of inadmissibility of illegal evidence is not absolute, and no rule in the legal system, to show the possibility of allowing the illegal evidence in criminal proceedings applying the principle of proportionality.

KEYWORDS: Right. Illegal Evidence. Principle of Proportionality.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no processo Penal*. 7 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14 ed. Ver. E atual. -São Paulo: Saraiva,2007.

MIRABETE Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. Ver. E atual. - São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3. ed. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 de., ver. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 31 ed. Ver. e atual.- São Paulo: Saraiva,2009.

SOBRE A COISA JULGADA NO CPC E SUA LIMITAÇÃO SUBJETIVA

Arthur José Nascimento Barreto*

Resumo: O presente artigo tem como escopo tratar sobre o instituto da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, com ênfase no tratamento da limitação subjetiva, a qual comumente é tida como estritamente inter partes. Para tanto, passará a se tratar sobre questões mais gerais da coisa julgada, tais como sua origem, a acepções sobre tal instituto, bem como os limites subjetivos deste nas causas que dizem respeito a direito individual, bem como a relativização do limite subjetivo da coisa julgada nos casos que versão sobre direitos "individuais".

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. Limites subjetivos. Inter partes.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trazer algumas considerações acerca do instituto da coisa julgada no Código de Processo Coletivo, enfatizando, nesta abordagem, os limites subjetivos desse instituto.

Diuturnamente, aborda-se o instituto da coisa julgada como algo quase sacro, sem muitas variações, aplicando de maneira cega a regra da eficácia *inter partes* de forma quase absoluta. Por vezes, tal comportamento acaba deixando de lado a tutela dos direitos que está em análise, para poder perpetuar uma regra cuja raiz se desconhece.

Evidencia-se, pois, uma inversão de valores do direito, eis que enfatiza-se a aplicação de uma regra pelo mero praxismo sem observar o direito que se está a tutelar.

Destarte, buscar-se-á, através de uma análise dogmática, descontruir em certa medida esta regra totalitária, segundo a qual a eficácia da coisa julgada está restrita somente às partes dos processos, isto é, terá eficácia restrita *inter partes*.

* Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pos-graduando em Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado inscrito na OAB/SE 7747.

2 A COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada é um dos temas mais polêmicos dentro do campo processual do direito e isto se deve principalmente a sua importância dentro do processo e da consecução da tutela jurisdicional devida.

A fim de analisar a referida importância, remete-se ao passado, mais especificamente, à época em que o Estado tomou para si o poder de resolução dos conflitos existentes, pois neste ponto melhor se visualiza o cerne do instituto em baila. Pois bem, fê-lo o Estado com o intuito de pacificar conflitos existentes cuja resolução, até então, se dava pelo confronto direto entre as partes, o que importava evidentemente em inconstância dos "direitos arguidos"[1] e em desproporções das medidas tomadas em decorrência desses "direitos arguidos". Com o poder jurisdicional em suas mãos, o Estado pôde então tratar das pretensões resistidas, emanando decisões com base no corpo normativo presente na sociedade. Pode-se dizer, portanto, que "a atividade jurisdicional prestada pelo Estado se desenvolve com vistas à pacificação social" (ZUFELATO, 2012, p. 25) e o meio utilizado para consubstanciar tal fim é o processo.

Contudo, faz-se mister frisar que pouco importaria o instrumento utilizado na busca da pacificação social, isto é, o processo, se o respectivo provimento jurisdicional não guardasse estabilidade a fim de garantir que o conflito fosse resolvido em definitivo. Afinal, sem estabilidade do julgado, não há que se falar em solução definitiva do conflito e, por conseguinte, em pacificação social. E é na persecução da pacificação social por meio da estabilidade do julgado que nasceu o mecanismo da coisa julgada, ou, no latim, da *res iudicata* – esta tem origem na expressão que define a lide *res iniudicium deducta*, mas se refere a ela quando já foi julgada, ou melhor, *iudicata* (CÂMARA, 2010, p. 502).

Pelo cenário presente na origem da coisa julgada, é possível afirmar que esta tem finalidades metaprocessuais (MANCUSO, 2008, p. 123-124), tendo os fundamentos que a legitimam natureza predominantemente político-social, inclusive sobrepujando a sua natureza jurídica (ZUFELATO, 2012, p. 26). Couture chega a afirmar que "a coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática" (*apud* ZUFELATO, 2012, p. 26).[2]

Há de ressaltar que, se por um lado, a imutabilidade que reveste o julgado garante a quem procurou o Poder Judiciário uma solução definitiva para a lide, por outro, esta mesma imutabilidade poderá ser fonte perpetuadora de injustiças provenientes das decisões judiciais. Estes dois consectários da coisa julgada evidenciam a tensão existente entre a segurança jurídica e a justiça das decisões proporcionada pela existência deste instituto. Desse embate, resta evidente a submissão da justiça das decisões em razão da segurança jurídica[3].

Tal fundamento prático dá forte embasamento para visualizar a coisa julgada não como um instituto intocável, irrefutável, imaleável, quase sacralizado, mas como um atributo que venha a se desdobrar normativamente em sintonia com a demanda social, haja vista a necessidade de pacificação social já relatada. É justamente nesse viés que a doutrina pátria vem interpretando o sistema normativo concernente à coisa julgada, tratando tal instituto como multifacetado (MANCUSO, 2008, p. 119 e ss) em razão da soma do valor social que carrega, do status constitucional que possui e do tratamento dado pelas normas infraconstitucionais que possibilitam a sua concretização. Explicar-se-á o que foi dito.

Em razão da demanda social pela segurança jurídica, o legislador constituinte de 1988 inseriu no rol de garantias fundamentais a coisa julgada por meio do seguinte texto: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, XXXVI). Sobre o texto de lei apresentando, Zufelato afirma que:

> ainda que a Constituição se refira somente ao respeito da decisão com trânsito em julgado por parte do legislador ("a lei não prejudicará..."), não há como negar a inviolabilidade da coisa julgada decorrente da sua natureza de princípio constitucional, representando a segurança jurídica, a ser respeitada por todos, e não apenas pelo legislador (2012, p. 37).

Contudo, em que pese a Carta Magna trazer em seu corpo normativo de direitos fundamentais a garantia da coisa julgada, não se pode entendê-la como absoluta, até mesmo porque o texto constitucional não traz qualquer regulamentação acerca do instituto, o que impede de traçar

seus contornos e garanti-los como imutáveis. Porém, consta no artigo 22, I da CF que o legislador federal ficou incumbido de tratar melhor sobre as normas federais e, portanto, sobre a coisa julgada, sua extensão e compreensão (MANCUSO, 2008, p. 125). Afinal, "não obstante trata-se de instituto que representa uma garantia constitucional, é no campo processual que se operacionaliza e se concretiza" (ZUFELATO, 2012, p. 39).

A fim de traçar melhores contornos sobre a matéria, o legislador pátrio tratou de conceituar o que seria a coisa julgada no artigo 467 do CPC, segundo o qual "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Ao fazê-lo, o legislador pátrio concretizou o que já foi versado sobre o tratamento do instituto por meio de leis infraconstitucionais, em que pese o status constitucional. Ressalte-se que esta norma não é a única a tratar sobre a matéria, tampouco é o CPC o único código a regrar a coisa julgada, eis que o CDC reservou espaço no seu corpo normativo para tanto (arts. 103 e ss).

Feito o tratamento sobre os fundamentos e sua natureza multifacetada, passa-se, então, a abordar outro ponto sensível à discussão doutrinária, qual seja, as acepções sobre a coisa julgada.

2.1 ACEPÇÕES SOBRE A COISA JULGADA

Dentro da doutrina processualística, sempre existiram divergências acerca das acepções dadas à coisa julgada. A primeira dessas acepções a ser relatada, neste trabalho, remete-se a Savigny, o qual enxergava a "coisa julgada como ficção de verdade, verdade formal, ou presunção de verdade" (LIEBMAN, 2007, p. 19), de modo a considerar a sentença como verdadeira mesmo quando resultante de erro de fato ou de direito (OLIVEIRA, 2012, p. 582).

De acordo com Liebman, essa visão tem origem no momento em que se passou a encarar o direito não mais como um sistema de *actiones*, mas "como um sistema de direitos, cujo gozo, somente, devia o processo garantir" (LIEBMAN, 2007, p. 19). Logo, por meio de sentença de caráter declarativo, o Estado-juiz pronunciava a quem concernia o direito levado ao poder jurisdicional, sendo tal declaração considerada uma verdade incontestável simplesmente por ser um ato estatal. Isso levava a crer que

a coisa julgada se tratava de consectário lógico do processo específico da decisão (LIEBMAN, 2007, p. 19).

Contudo, esta acepção de presunção de verdade foi deixada de lado, dentre outros motivos, por não conseguir manter razoável conexão entre os efeitos da sentença (como, por exemplo, o efeito constitutivo) e a coisa julgada[4].

Surgiu então uma nova acepção sobre o instituto da coisa julgada. Influenciada pela doutrina alemã (Hellwing) e com forte adesão de doutrinadores brasileiros (tais como Pontes de Miranda, Araken de Assis, dentre outros), esta corrente doutrinária confinava a coisa julgada ao efeito declaratório da sentença. Para eles, a coisa julgada "seria uma força vinculante desta declaração que a torna obrigatória e indiscutível" (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 412).

Vê-se, pelas duas acepções mostradas, que a coisa julgada até então era tratada como algo intrínseco à sentença, que dela emergia, como um dos seus efeitos.

Discordando destas posições, Liebman trouxe outra acepção acerca da coisa julgada, tratando-a como qualidade dos efeitos da decisão, qualidade esta que guardaria a imutabilidade dos efeitos da decisão e do seu conteúdo. Assim, a coisa julgada não mais era tida como um efeito da sentença, o que permitiu, então, diferenciar os efeitos da sentença do instituto da coisa julgada. Deste modo, pela primeira vez foi possível distinguir *"a eficácia natural da sentença*, entendida como a aptidão do ato jurisdicional de produzir efeitos, e a *autoridade da coisa julgada*, considerada a própria imutabilidade que recai sobre a sentença e seus efeitos, imunizando-os" (ZUFELATO, 2012, p. 31).

Sobre a sua acepção de coisa julgada, o doutrinador italiano afirma que:

> Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato sem sua existência

> formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato (LIEBMAN, 2007, p. 51).

De acordo com Zufelato, uma das principais consequências práticas dessa distinção se encontra na delimitação dos sujeitos atingidos pelos dois institutos: a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada. Diferenciam-se estes institutos, no quesito subjetivo, pelo alcance de cada um, eis que, enquanto os efeitos da sentença se estendem *erga omnes*, "pois o exercício jurisdicional é dotado dessa eficácia natural" (ZUFELATO, 2012, p. 32), a autoridade da coisa julgada tem aplicabilidade restrita às partes, isto é, *inter partes*. Liebman esclarece melhor estes pontos em seu texto quanto aduz, sinteticamente, que:

> i) A declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceder-se e produz-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.
> ii) A eficácia da sentença, nos limites de seu objeto, não sofre nenhuma limitação subjetiva; vale em face de todos.
> iii) A autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade. Ela está limitada subjetivamente só às partes do processo.
> iv) Consequentemente, todos os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença, não, porém, à autoridade da coisa julgada; a sentença, nos limites do seu objeto, é sempre oponível a eles, que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando a sua injustiça, uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração (LIEBMAN, 2007, p. 157 e ss). Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a *dignidade do homem*, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também

> é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna (FARIAS, 2003).

Conquanto esta acepção sobre a coisa julgada tenha amplo respaldo na doutrina (*e.g.* Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pelegrini, Teresa Arruda Alvim Wambier, dentre tantos) - tendo, inclusive, influenciado o Código de Processo Civil vigente, uma vez que o autor do seu anteprojeto, Alfredo Busaid, explicou que adotara tal acepção quando confeccionou o referido código[5] - a corrente de Liebman é duramente criticada. Um dos objetos de críticas reside nos limites subjetivos da autoridade da coisa julgada traçados por Liebman, haja vista que este autor manteve-se estrito à limitação *inter partes*, não aceitando qualquer exceção.

Outro ponto atinente à teoria desenvolvida por Liebman que também foi alvo de críticas diz respeito ao alcance da qualidade da coisa julgada aos efeitos da decisão passada em julgado. O principal argumento apresentado em desfavor da tese do citado autor italiano concerne na impossibilidade de perpetuação dos efeitos da decisão ainda que transitada em julgado.

Apresenta-se exemplo a fim de que seja possível uma melhor visualização desta crítica. Supondo que determinada pessoa proponha ação para que certo devedor lhe pague a quantia devida e que esta ação seja provida, mesmo que haja a determinação do pagamento (efeito executivo) este poderá não perdurar. Afinal, o devedor pode não pagar, por não ter capital para tanto, o credor pode perdoar a dívida ou mesmo pode ocorrer o pagamento do débito, sustando, assim, os efeitos da decisão proferida.

Observa-se, com isso, que nem todas as decisões poderão projetar seus efeitos indefinidamente, mesmo que estas estejam albergadas pelo manto da coisa julgada. Acompanhando este crítica, surge uma última corrente que tem por seguidores Didier, Barbosa Moreira e Machado Guimarães. Segundo estes, a coisa julgada tem como acepção a "*situação jurídica do conteúdo da decisão*" (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 415). Desta forma, afasta-se a qualidade da coisa julgada dos efeitos da decisão, restringindo a sua atuação somente "na imutabilidade do conteúdo da decisão, do seu comando normativo (dispositivo), que é composto pela norma jurídica concreta" (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 415).

Em que pese as diversas acepções da coisa julgada dadas pela doutrina e mostradas até aqui, o presente estudo utilizará como base aquela acepção apresentada por Liebman. Isto se dá em razão da importância do desdobramento subjetivo desta acepção no trabalho.

2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

A coisa julgada não se trata de fenômeno unívoco, eis que poderá ser diferenciada de acordo com a sua esfera de abrangência (ZUFELATO, 2012, p. 29). Estando a imutabilidade da decisão restrita aos limites do processo na qual foi proferida, tal qualidade agregada à decisão será chamada de coisa julgada formal. Por outro lado, se a imutabilidade da decisão se projetar para além dos limites do processo correlato, esse adjetivo será chamado de coisa julgada material ou mesmo substancial.

Como se pôde notar, a coisa julgada formal se trata de um fenômeno endoprocessual, haja vista que a decisão não poderá ser discutida dentro do próprio processo, isto é, não restarão meios recursais para ir de encontro ao que fora prolatado no comando judicial, que poderá ocorrer tanto pelo esgotamento das vias recursais quanto pelo decurso do prazo do recurso cabível (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 409). Didier correlaciona este viés da coisa julgada com a preclusão, vez que a coisa julgada formal se consistiria "na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo que foi proferida. Seria a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional" (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 415).

No entanto, a existência de óbice para a rediscussão do mérito dentro do próprio processo não significa que o mérito da causa não possa ser levado novamente ao Judiciário. Para que haja tal imutabilidade, a decisão deverá ter sido alcançada pela coisa julgada material, posto que somente por meio desta se "extingue o direito de ação, impedindo novo julgamento do mérito para qualquer outra ação futura, ou seja, a indiscutibilidade de uma decisão fora do processo em que foi proferida é atributo exclusivo da coisa julgada material" (ZUFELATO, 2012, p. 29). Desta feita, resta evidente o caráter extraprocessual da coisa julgada material.

O Código de Processo Civil assim delimita a coisa julgada material: "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou

extraordinário" (art. 467).

Complementando o conceito exposto pela lei, Didier aponta uma série de pressupostos para que a qualidade de coisa julgada material alcance a decisão judicial, quais sejam:

> a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que *versar sobre o mérito* da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em *cognição exauriente*; d) tenha havido a *preclusão máxima* (coisa julgada formal). (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 410).

Pelo que pode se extrair do que já foi dito acerca da coisa julgada formal e material, este viés da coisa julgada acaba por englobar aquele. Afinal, ao se dizer que determinada decisão está albergada pela imutabilidade material, não podendo mais ser discutida judicialmente, implica que a decisão não poderá ser discutida dentro do próprio processo, ou seja, está também albergada pela coisa julgada formal. É nesse sentido que Didier afirma ser a coisa julgada formal um pressuposto da coisa julgada material.

Contudo, vale dizer que, não obstante seja possível considerar a coisa julgada formal como um degrau antecessor ao da coisa julgada material, nem todas as sentenças poderão passar para o segundo degrau. Neste ponto, passa-se a análise do pressuposto "b", qual seja, "versar sobre o mérito da causa". Este pressuposto é extraído do art. 468 do CPC, visto que ele assevera que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Como se vê para ser alcançada pela coisa julgada material é necessário resolver a lide, dando-lhe decisão de mérito compreendida como uma das hipóteses presentes no artigo 269 do CPC. Deve-se a isso o porquê das decisões terminativas (art. 267 do CPC) somente serem atingidas pela qualidade da coisa julgada formal, vez que estas não resolvem o mérito, mas somente encerram o processo.

Como se pôde notar, ao versar sobre a imutabilidade do comando jurisdicional que vincula as partes, está a se falar numa decisão judicial encoberta pela coisa julgada material. Logo, é possível afirmar que a coisa julgada material é a verdadeira coisa julgada, de maneira que, deste ponto

em diante, todas as vezes que tratar do termo coisa julgada sem especificar sê-la formal, estará versando acerca da coisa julgada substancial.

2.3 EFEITOS NEGATIVO E POSITIVO DA COISA JULGADA

A doutrina diz que a coisa julgada possui dois efeitos, o efeito negativo e o efeito positivo, os quais não podem ser confundidos com os efeitos da sentença, pois, enquanto estes se referem à "alteração que a sentença de procedência produz, a pedido do autor, nas relações de direito externas ao processo" (MESQUITA *apud* MANCUSO, 2008, p. 136), os efeitos do trânsito em julgado dizem respeito a "tornar imutável e indiscutível entre as partes o já referido elemento declaratório da sentença" (MESQUITA *apud* MANCUSO, 2008, p. 136).

No que concerne ao efeito negativo, este se caracteriza pelo impedimento de rediscussão do assunto, impedindo que uma questão principal já decidida de forma definitiva venha a ser julgada novamente como questão principal de um outro processo (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 425). Nas palavras de Ovídio Baptista, "efeito negativo corresponde à consumação da ação, traduzida no princípio *ne bis in idem*, à medida que impede novo julgamento" (SILVA *apud* MANCUSO, 2008, p. 238). Desta maneira, caso uma nova ação com as mesmas partes, causa de pedir e pedido venha a ser proposta, o juiz deverá extinguir este novo processo em razão da existência da coisa julgada, conforme dita o inciso V, do art. 267 do CPC[6].

O efeito positivo diz respeito à vinculação dos julgadores ao que foi decidido na decisão que transitou em julgado, quando esta questão aparecer como incidente no processo (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 425). Logo, caso tenha sido proferida uma sentença A declarando que o polo passivo é pai do autor, o juiz que tenha que proferir sentença B acerca do pagamento de pensão daquele pai para esse filho deverá observar os efeitos da sentença A na questão prejudicial da sentença B, haja vista que tais efeitos estão qualificados como transitados em julgado.

2.4 LIMITES DA COISA JULGADA

Conforme já foi dito por diversas vezes neste trabalho, a coisa julgada foi criada de modo a agregar imutabilidade à decisão judicial, a fim de garantir a estabilidade às relações jurídicas levadas ao Judiciário.

Contudo, é necessário dar contornos ao instituto em baila de modo a assegurar em qual objeto da decisão recairá a autoridade da coisa julgada e a quem esta afetará. Faz-se mister, portanto, definir os limites objetivos e os limites subjetivos da coisa julgada.

2.4.1 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Ao buscar o Judiciário para resolução de determinada lide, a parte o faz para que a peleja seja resolvida através de decisão emanada pelo Estado-juiz, isto é, o faz à procura de uma palavra definitiva que vincule norma àquele caso, afirmando, *grosso modo*, ter ou não direito ao bem da vida. O provimento judicial responsável pela aplicação da norma abstrata ao caso concreto (atendendo obviamente o viés constitucional) será dado – ao menos em primeiro grau – por meio de sentença em cuja formatação deverá obedecer aos requisitos estabelecidos pelo CPC. Tratando sobre estes requisitos, assevera o artigo 468 que:

> Art. 468. São requisitos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Em que pese a lei tenha dado este "corpo" às decisões emanadas por aqueles que foram investidos do poder jurisdicional, nem toda a extensão da decisão será acobertada pela coisa julgada. Afinal, para fins práticos, somente seria necessário guardar imutável o comando que põe fim a lide. Deste modo, pode-se dizer que "as fronteiras objetivas da coisa julgada são delimitadas pelo objeto do processo, numa equivalência entre aquilo que a parte traz para ser apreciado e a decisão de mérito que responde a essa pretensão (*res iudicata =res iudicium* deducta)" (ZUFELATO, 2012, p. 30).

Foi justamente neste toar que o legislador pátrio tratou sobre os limites objetivos da coisa julgada quando gravou, no artigo 468 do CPC,

que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Reforça-se ainda mais esta tese quando observa o que foi dito pelo criador do Projeto do Código de Processo Civil acerca do termo lide. De acordo com Buzaid, o vocábulo "lide" carrega significado concernente ao exposto por Carnelutti, podendo considerá-lo como "o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes"[7]. Como visto, pode-se afirmar que o objeto da coisa julgada está restrito ao que foi decidido na sentença acerca da lide.

Isso, no entanto, não implica dizer que somente a parte dispositiva da sentença está guardada pela coisa julgada, eis que não se deve tomar o que foi decidido em seu sentido formalístico, isto é, somente a parte conclusiva da sentença. Deve-se levar o decidido em seu sentido substancial (LIEBMAM *apud* NEVES, 1971 p. 494), abarcando como decidido "não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes" (p. 494). Complementando o raciocínio, aduz que "os motivos são, pois, excluídos, por esta razão da coisa julgada" (p. 494). Neste esteio, o artigo 469 elencou o que não seria acolhido pelo manto da autoridade da coisa julgada, eis que segundo este comando normativo:

> Art. 469. Não fazem coisa julgada:
> I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
> Il - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
> III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Em que pese seja pacífico e sedimentado em norma que somente o *decisum* possa transitar em julgado, estando, pois, os motivos excluídos da autoridade da coisa julgada, isto não implica em restringir a imutabilidade e a importância somente ao *decisum*, eis que os motivos "constituem amiúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo" (p. 494). De modo que somente se pode ter uma noção do objeto alcançado pela coisa julgada a partir do confronto entre o que foi decidido e sua fundamentação

(ZUFELATO, 2012, p. 41).

Além dos motivos, a lei tratou de excluir expressamente do trânsito em julgado a apreciação da questão prejudicial[8], eis que a coisa julgada esta restrita ao *principaliter tantum*. Contudo, há no Código de Processo Civil possibilidade de que as questões prejudiciais possam ser abarcadas pelos limites objetivos. Para tanto, é necessário que a parte requeira a sua inclusão no *principaliter tantum*, o que pode ocorrer tanto por via de ação declaratória incidental (arts. 470 c/c 325 e 5º do CPC[9]), quanto por pedido na própria ação (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 418). Caso não haja este requerimento, a solução da questão prejudicial apresentada pelo magistrado não será acobertada pela coisa julgada, uma vez que foi apreciada como uma mera questão incidental - *incidenter tatum*.

Ressalte-se que a abrangência da coisa julgada às questões incidentais por meio de requerimento dado pelas partes, à bem da verdade, não se trata de uma exceção à regra de delimitação do objeto da coisa julgada em razão da lide. Explica-se. Num processo em que surge uma *incidenter tatum*, se está diante de um processo cujo provimento final está subordinado à resolução dessa questão incidental, em que pese esta não seja o objeto da lide. Entretanto, ao se requerer a apreciação da questão subordinante, amplia-se a lide, eis que há um novo pedido. Destarte, não se está diante de uma exceção à regra gravada no bojo no artigo 468, mas de uma corroboração à tese de que a coisa julgada não irá além do objeto em litígio, visto que a coisa julgada ainda atuará dentro dos limites da lide – a qual agora foi ampliada de modo a conter tanto a questão subordinada, quanto a subordinante (MANCUSO, 2008, p. 241).

2.4.2 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Que a decisão, ao ser tomada pela coisa julgada, agrega o binômio indiscutibilidade-imutabilidade ao comando decisório, isto já foi dito, porém, resta uma dúvida crucial sobre esta aferição: quem estaria vinculado àquela decisão? No intuito de demarcar os limites subjetivos da coisa julgada, o legislador pátrio versou sobre o seu alcance na primeira parte do artigo 472 do CPC, segundo o qual "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

Mostra-se, dessa forma, que o legislador pugnou pela implementação de um valor absoluto, de acordo com o qual nenhum julgado terá sua

eficácia estendida *inter alios*. Vale ressaltar que o valor absoluto é, em certa medida, reforçado pelo próprio artigo 472 em cujo final é asseverado, em caráter de exceção, que "nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros" – trecho este que será posteriormente tratado.

A raiz de tamanha restrição reporta-se a Liebman que, além de ser a principal influência na construção das normas que versam sobre o instituto da coisa julgada no código em questão, "construiu um esquema no qual traduziu para a linguagem moderna o princípio romano da restrição da coisa julgada *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*" (ZUFELATO, 2012, p. 114). Explica-se, trazendo novamente à baila a teoria deste italiano. Como cerne da sua teoria, Liebman tratava o instituto da coisa julgada como um adjetivo à sentença e a seus efeitos, e, quando o fez, foi de encontro às doutrinas apresentadas na sua época por pensadores como Betti, Segni, Chiovenda e Carnelutti, dentre outros tantos que acreditavam ser a coisa julgada um efeito da sentença. Eles tratavam o instituto desta maneira, entre outros motivos, para que fosse possível moldá-lo de modo a alcançar terceiros, tornando, pois, a coisa julgada expansível além das partes do processo que gerou sua respectiva sentença, eis que tomavam estes terceiros como afetados pelos efeitos da referida decisão.

Liebman, por outro lado, ao invés de manter os efeitos da sentença e a coisa julgada entrelaçados, os separou em dois: autoridade da coisa julgada e eficácia da sentença. Enquanto esta diz respeito aos efeitos oriundos da sentença no mundo, aquele diz respeito à imutabilidade da sentença. Enquanto a eficácia da sentença (ou os efeitos da sentença) poderia ter suas limitações subjetivas variáveis de acordo com a afetação que a decisão acarretaria faticamente e juridicamente a outros que não participaram do processo, a autoridade da coisa julgada somente comportaria uma rígida limitação: as partes do processo. Em suma, "a teoria liebminiana conciliou a limitação às partes da imutabilidade da sentença como decorrência do julgamento de uma situação que diz respeito exatamente aos sujeitos processuais que tenham se manifestado em contraditório defendendo seus interesses" (ZUFELATO, 2012, p. 114).

É justamente neste último ponto que a limitação *inter partes* da autoridade da coisa julgada mostra-se de suma importância para assegurar o devido processo legal, visto que, ao cingir a imutabilidade

da sentença àqueles que tiveram voz na respectiva lide, está a proteger o direito ao devido processo legal – ou mais especificamente, aos corolários deste: o direito ao contraditório e a ampla defesa. No ponto, Dinamarco afirma que:

> O verdadeiro fundamento substancial e amplo, que não deixa qualquer margem a dúvidas, reside nas garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, não tolerando que alguém seja privado de sua liberdade ou patrimônio sem observância dos cânones do processo justo e équo, nem sem ter tido oportunidades de participar, defendendo-se (*apud* ZUFELATO, p. 177).

Logicamente, não se pode crer que o direito ao contraditório e a ampla defesa está restrito às partes, enquanto polos de determinada lide. Os direitos constitucionais[10] em baila espraiam sua influência a todos, enquanto partes ou não, assegurando que terceiros não tenham seus bens influenciados por processo de outrem, ao qual não se teve acesso (CÂMARA, 2010, p. 506) e que, portanto, não tiveram defesa (*rectius*: não tiveram acesso ao contraditório).

Cria-se um exemplo hipotético a fim de elucidar a questão. O litigante A propõe ação em face de B com o fito de ver declarado como bem do autor determinada casa. Com o fim do trâmite processual, foi transitada em julgado a sentença que declara o referido bem da vida como propriedade de B. Dessa forma, não será possível que o mesmo objeto seja discutido por meio de ação entre A e B, eis que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada"[11], restando imutável a sentença prolatada.

Com este cenário, poderia tomar como finda qualquer lide concernente ao imóvel, tomando-se como base a mera relação processual apresentada em juízo. Contudo, não é assim que o mundo dos fatos recebe uma sentença, visto que ainda que encerrado o processo, persistem laços fáticos, além de liames condizentes com direitos materiais.

Atos praticados em determinada esfera jurídica geralmente acabam por gerar reflexos fáticos e/ou jurídicos, conforme determinará aquele ato. Para melhor elucidar o que foi dito, colaciona-se trecho da obra de Moacyr Amaral, o qual se reporta à teoria de Ihering sobre este tema.

> Observa Ihering que os atos jurídicos em geral produzem *efeitos diretos* e *efeitos indiretos*. Aqueles são efeitos *queridos e previstos* pelo agente que se confundem com a finalidade do ato; estes são efeitos *não previstos nem queridos* pelo agente, *mas inevitáveis*. Aqueles dimanam da vontade do agente em produzi-los; estes ocorrem pela influência maior ou menor que o ato possa exercer nas relações de terceiros, alheio ao ato (SANTOS, 2013, p. 94).

Nota-se, pelo o que foi dito por Ihering, que a cada ato jurídico ocorrerá um efeito reflexo, diverso daquele desejado, ou seja, por conta de determinado ato jurídico é possível desencadear diversos efeitos. Com a sentença não seria diferente, eis que a sentença é um ato judicial e que, não obstante carregue consigo determinado efeito como o declarativo ou constitutivo, poderá originar outros efeitos, mesmo que além da esfera subjetiva albergada pela coisa julgada.

Logo, é possível se dizer, remetendo-se ao exemplo supracitado para esclarecer a questão: C, alheio àquele processo, terá comprometido o crédito que tinha com A, pois este teve o seu patrimônio diminuído; F poderá buscar através do Judiciário a casa, objeto do caso, eis que se trata do real proprietário do imóvel e não está impedido de fazê-lo, afinal, fora terceiro no processo que decretou a sentença, não participando do contraditório, o que acarreta no tangenciamento de F da autoridade da coisa julgada.

Como se pode notar, a sentença também atinge terceiros – ressalta-se de forma redundante – alheios ao processo. Neste momento, faz-se um adendo e volta-se à questão doutrinária da teoria de Liebman e ao embate deste com os outros doutrinadores de sua época. Estes, conforme dito, entendendo que o instituto da coisa julgada se tratava de um efeito da sentença, tratavam de moldá-lo conforme os reais efeitos da decisão iam atingindo a outros que não as partes do processo. Liebman, por outro lado, deixou estático o alcance subjetivo do instituto no que concernia à autoridade da coisa julgada, eis que esta deveria estar restrita às partes do processo. Isso implicaria na negação sobre a existência dos efeitos que terceiros poderiam vir a sofrer por meio da sentença, somente asseverando que estes não estariam de modo algum a ela vinculados,

ou seja, Liebman não negava os efeitos reflexos, somente lhes negava imutabilidade – e os chamava de modo distinto: eficácia da sentença.

Em passagem emblemática, o versado autor italiano trata sobre este assunto:

> Enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes, titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, partes ou terceiros a mesma; a medida da sujeição determina-se, ao revés, pela relação de cada um com o objeto da decisão. Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece* (LIEBMAN, 2007, p. 125).

Conforme se extrai deste trecho, a sentença gera por vias reflexas uma influência gradativa naqueles que não participaram do processo no qual fora prolatada a decisão. A fim de tratar sobre essas distintas influências oriundas da eficácia da coisa julgada e de contrapor a teoria de Betti sobre os limites subjetivos[12-13], Liebman, utilizando da teoria deste, confeccionou uma classificação de acordo o grau de afetação de terceiros em razão da sentença – ou melhor, sobre a eficácia da sentença:

> *A) terceiros juridicamente indiferentes*, estranhos à relação e sujeitos de relação compatível com a decisão; para estes logram aplicação combinada e atenuada ambos os princípios, de tal modo que é a sentença juridicamente irrelevante para eles, mas vale como coisa julgada para outrem, e pode produzir mero prejuízo de fato;

> *B) terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada*, são os titulares de relação incompatível com a sentença; para estes logra aplicação exclusiva o princípio negativo e, em consequência, podem desconhecer a coisa julgada que se formou entre as partes;
> *C) terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada*, são os que se encontram subordinados à parte com referência à relação decidida; para estes logra aplicação exclusiva o princípio positivo, e a coisa julgada que se formou entre as partes pode estender-se-lhes como sua própria (LIEBMAN, 2007, p. 91).

O grupo "C", referente aos terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção da coisa julgada, é de suma importância para o presente trabalho e, justamente, nele reside severa divergência entre os pensamentos de Betti e os de Liebman quanto à extensão *inter alios* ou não. Enquanto o primeiro considera os terceiros da categoria C como participantes da relação (material) decidida - mesmo que de forma mediata – e interessados sobre a coisa julgada formada, eles também restam afetados (LIEBMAN, 2007, p. 91); o segundo, ainda que acreditando existir influência da sentença a terceiros, mantém esta afetação classificada como mera eficácia da sentença, isto é, não podendo vincular estes terceiros à imutabilidade. Assim, Liebman acredita que "terceiros que eventualmente sofrerem um prejuízo jurídico (...) poderão afastar a injustiça da decisão por meio de *oposizione di terzo*, exatamente porque sobre eles nunca recairá a imutabilidade da decisão" (ZUFELATO, 2012, p. 113).

Vê-se com isso que Liebman sempre tentou homogeneizar a extensão da coisa julgada a único denominador: as partes do processo. Por meio disso, ele buscava "purificar" o ordenamento processual a fim de que não se admitisse qualquer forma de inclusão de terceiros na sentença, ou melhor, que não fosse possível incluir no rol de vinculados à autoridade da coisa julgada pessoas que não participaram do processo.

Esta ideia restritiva da Liebman é bastante louvável, vez que, conforme dito e ressaltado, defende o direito do terceiro ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, tal ideia é muito absolutista, eis que toma essa regra (de restrição às partes) como único meio de extensão da coisa julgada.

Assim, o citado autor italiano deixa de lado qualquer exceção que possa vir a existir na prática em virtude de um confronto entre o processo e o direito material, fazendo-o mesmo após observar o grupo C, composto por terceiros interessados que poderiam intervir no processo por meio de oposição de terceiro. Sobre este ponto específico, faz-se mister tecer um adendo: ainda que se admitisse a pertinência temática (*rectius*: material) de terceiros com a sentença, segundo Liebman, estes apenas seriam afetados pela coisa julgada caso interviessem no processo por meio do instituto da intervenção de terceiros, uma vez que aqueles que entram no processo - ainda que por via de oposição -, passam a ser parte da lide, podendo ser, pois, albergados pela autoridade da coisa julgada.

Zufelato explica o que pode ser considerada a raiz desse comportamento do autor italiano:

> A teoria liebmaniana dos limites exclusivamente *inter partes* do julgamento talvez seja uma repercussão da sua concepção autonomista do processo. Como é sabido, Liebman é o maior defensor da teoria autônoma da ação, e acredita-se que o afastamento das características do direito material na tutela processual desse mesmo direito tenha causado uma distorção na real compreensão do fenômeno, que em realidade exige certa compatibilidade com as características do direito tutelado para delimitar precisamente os contornos subjetivos da imutabilidade da prestação jurisdicional (ZUFELATO, 2012, p. 116).

Embora Liebman e outros tantos tenham essa posição tão processualística do conceito de partes – e, por conseguinte, de limites da coisa julgada –, é cediço que o instituto "parte" detém duas acepções distintas: uma processual e outra substancial. Enquanto, sob aquela acepção parte seria "quem figura num dos pólos da relação processual, como agente originário interveniente, ou sucessor" (MANCUSO, 2008, p. 247), segundo a acepção material, parte seria "quem integrou a relação de direito material" (p.247), sendo que esta última acepção existe antes mesmo daquela, eis que a divergência sobre determinado direito tem sua concepção anterior à propositura da ação.

Ao se enxergar a parte sob o viés material e a correlação que poderia

haver entre estas partes e uma sentença, isto indubitavelmente acarretaria numa visão diferente daquela que Liebman aceitava sobre os limites da autoridade da coisa julgada, eis que muitas das vezes, os polos do processo nem sempre comportam os polos que compõe o direito material, em que pese o inverso possa ser facilmente tido como uma regra.

Exemplifica-se. Sujeito A empresta uma moto a C, que durante a posse deste foi roubada. Quando A propõe ação em face de C para que este lhe compre uma nova moto, compõem nos polos da relação justamente as partes que figuravam como credor e devedor do empréstimo. No entanto, nem sempre há este perfeito encaixe. Para tanto, basta imaginar nesta mesma situação um empréstimo para C de uma moto cujos donos são A e B, em vez de somente A. Estar-se-ia diante de uma solidariedade ativa, sendo então possível que qualquer dos credores cobre a dívida, eis que todos têm o mesmo direito. Neste caso, como pensar que determinado juiz possa dar uma sentença favorável ao pleito de A, declarando direito de ter pago a dívida e não aproveitar a B essa mesma sentença, ainda que esta verse sobre o mesmo direito?

Oras, permitir tal tipo de pensamento seria o mesmo que permitir a existência de um confronto lógico e jurídico dentro do ordenamento e da prática judiciária, pois cuidar-se-ia do mesmo direito com tratamentos distintos, o que não se pode conceber.

Destarte, a fim de retirar do ordenamento a possibilidade de confrontos lógicos e jurídicos, flexiona-se a coisa julgada de modo a dar azo a decisões justas, inclusive àqueles que não participaram do processo, mesmo que isso implique em certo flexionamento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Voltando ao ordenamento processualístico brasileiro, pode-se dizer que o legislador pátrio optou por albergar essa limitação *inter partes* da coisa julgada e também não admitiu exceção. Quanto aos terceiros, o legislador trabalhou com a mesma ideia de Liebman: trazê-los ao processo para não alterar os limites da coisa julgada.

> Essa é a razão pela qual o terceiro, se e quando prejudicado *juridicamente* por um *efeito* do julgado proferido *inter alios*, pode se insurgir, através das impugnações para tal disponibilizadas na legislação processual, tais como os embargos de terceiro, o recurso de terceiro prejudicado, e,

> mesmo estando em curso a ação *inter alios*, pode nela intervir como opoente – CPC, arts. 1.046, 499, 56, respectivamente (MANCUSO, 2008, p. 250)[14].

Ainda quanto à intromissão de terceiros no processo, vale ressaltar a hipótese mais curiosa de todas, a qual está guardada no inciso II do 487 do CPC. Neste artigo está elencado o rol de legitimados para propor a ação rescisória, estando incluso entre eles, justamente no inciso II, o "terceiro juridicamente interessado". Sobre este dispositivo, Barbosa Moreira afirma que:

> Em termos inequívocos legitima o "terceiro interessado" à propositura da ação rescisória – o que necessariamente pressupõe a admissão de hipóteses em que se estende a terceiros a *auctoritas rei iudicatae*, pois de outro modo não se explicaria a possibilidade, que se lhes abre, de intentar ação primacialmente ordenada ao afastamento da coisa julgada: se nenhum terceiro ficasse jamais sujeito a esta, nenhum teria interesse em utilizar o remédio (MOREIRA *apud* ZUFELATO, 2012, p. 180).

Tais iniciativas do legislador sem sombra de dúvida tem como cerne resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que é indubitavelmente louvável. No entanto, ao tomar tais medidas, o legislador também demonstra que terceiros são afetados e que são atingidos por algo além da eficácia da sentença.

Nota-se que o equívoco presente no CPC quanto ao tratamento *inter partes* não está na existência desta regra – a qual, ressalte-se novamente, é de suma importância para os princípios do contraditório e da ampla defesa e, por consequência, para a garantia do processo –, mas no tratamento absolutista que lhe foi dado, eis que não abre espaço para exceções, mesmo em casos em que tal regra reste inaplicável (ZUFELATO, 2012, p. 472).

Passa-se, então, a demonstrar as hipóteses que a doutrina costuma utilizar para mostrar a inaplicabilidade da regra constante no artigo 472 do CPC, revelando que, dentro do sistema regido pelo CPC, há hipóteses nas quais a coisa julgada opera *inter alios*.

2.4.3 AÇÕES DE ESTADO

Os limites das ações de Estado – "entendidas essas como relativas à cidadania, estado civil, capacidade, filiação, investigatória de paternidade, interdição, anulatória de casamento, separação e divórcio" (ZUFELATO, 2012, p. 116) – são trazidos à baila neste ponto, em virtude do tratamento lhes dado pelo CPC: como uma exceção à regra geral de limitação *inter partes*. Assim costuma-se afirmar porque no mesmo artigo em que estabelece a restrição da coisa julgada àqueles que participaram no processo, está a norma que estende a terceiro a coisa julgada da sentença oriunda das ações de Estado.

Versa o artigo 472 *in fine* que "nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

No entanto, o modo como a lei trata as ações de Estado acaba por torná-las uma falsa exceção à regra geral (ZUFELATO, 2012, p. 131).

Extrai-se desse texto que a citação de todos interessados é algo imprescindível para o andamento do processo, sendo este um requisito para que se estenda a terceiros a coisa julgada, afinal, a lei configurou todos os interessados como em litisconsórcio necessário. "Caso não seja citado qualquer dos interessados (litisconsortes necessários), a sentença será *inutiliter data*, ineficaz em relação aos que participaram do processo, bem assim em relação aos que dele não participaram" (CÂMARA, 2010, p. 507). Isto se dá em razão de determinação legal, eis que, segundo o artigo 47 do CPC, os casos de litisconsortes necessários que não houverem sido citados terão suas sentenças tidas como ineficazes.

Uma vez que se condiciona a eficácia da sentença à citação e consequente inclusão de terceiros no processo, obriga-se que terceiros se tornem partes do processo, para quem a decisão já seria vinculante em razão da regra geral presente no 472 do CPC (ZUFELATO, 2012, p. 116). Eis que se rotula tal regra de falsa exceção, pois não há extensão a terceiros, mas somente a vinculação *inter partes*.

Vale ressaltar que é da natureza das ações de Estado que a autoridade da coisa julgada venha a vincular a todos, "pois se trata da inserção do sujeito na sociedade, e o interesse de todos os membros dessa na definição da qualidade cívica do sujeito" (ZUFELATO, 2012, p. 129). Destarte, não há como pensar diferente, confinando as partes à vinculação da

sentença, afinal, a "eficácia da declaração [incapacidade, por exemplo] ou a desconstituição [do matrimônio, por exemplo], não comportam confinamento espacial ou subjetivo, sob pena de se chegar ao paradoxo de que algo possa 'existir e não existir' num mesmo espaço-temp" (MANCUSO, 2008, 256).

2.4.4 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

A substituição processual trata-se de um dos pontos diante dos quais, à primeira vista, pode se gerar uma estranheza quanto a quem seria parte ou terceiro, pois no caso em verso é evidente a existência de distinção entre as partes que se apresentam no processo e as partes que compõem os sujeitos do direito material. Enquanto é comum que busquem a atuação do Judiciário em determinada lide justamente aqueles sujeitos que esta compõem, isto é, que seja pleiteado em causa própria, a substituição processual adiciona exceção a esta regra. Por esta figura, é possível buscar provimento judicial para quem não figura nos polos da ação, tornando então admissível que terceiros possam pleitear direito alheio desde que autorizado por lei (art. 6º CPC[15]).

Em razão dessa estranheza, Liebman, ainda tratando sobre a teoria de Betti sobre a coisa julgada, apresentou o que seriam situações daquele grupo C anteriormente tratado – vale dizer, dos terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção da coisa julgada –, nas quais seria possível estender a coisa julgada a terceiros. Eis que, segundo Liebman, Betti afirmava que:

> A subordinação do terceiro à parte, para legitimar a extensão da coisa julgada a esse terceiro, pode nascer das seguintes causas: a) sucessão do terceiro à parte na relação litigiosa, depois que esta se deduziu em juízo; b) substituição processual da parte ao terceiro, por ter deduzido em juiz a sua relação jurídica; c) incindível conexão entre a relação jurídica do terceiro e a relação investida de coisa julgada; d) dependência necessária da relação jurídica do terceiro da relação investida de coisa julgada. Nos dois primeiros casos, a extensão da coisa julgada aos terceiros é *direta; nos* dois últimos, pelo contrário, reflexa (LIEBMAN, 2007, p. 90).

No que concerne ao sucessor e ao substituto, Dinamarco assim assevera:

> O *sucessor* da parte e o sujeito *substituído* por aquele que esteve em juízo para a defesa de seu interesse (CPC, art. 6º) sujeitam-se à autoridade do julgado como se houvessem sido partes no processo, embora não o tenham sido. Não reside nessas proposições qualquer mitigação ou mesmo ressalva à regra da limitação subjetiva da autoridade do julgado às partes, mas mera especificação. As razões que impedem a extensão dessa autoridade a terceiros não prevalecem quanto ao sucessor e ao substituído, porque deles é o interesse substancial em jogo e porque, por modos que a lei reputa idôneos, seus interesses estiveram defendidos no processo – os do *sucessor*, por quem era titular do direito ao tempo e os do *substituído*, pelo sujeito a quem o direito outorga a *legitimacy of epresentation*. [...] O substituído é e permanece sendo titular dos interesses substanciais em litígio, não obstante defendidos no processo por outra pessoa. É excepcional no sistema a outorga de legitimidade a quem não tem aquela titularidade (daí, legitimidade extraordinária), o que decorre da regra geral fixada no art. 6º do CPC – *mas nas hipóteses em que isso ocorre é natural que o titular do direito ou interesse receba em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença, reputando-se também vinculado por sua autoridade* (DINAMARCO *apud* GRINOVER, 2011, p. 10-11).

Em virtude da leitura dada pela parte inicial do artigo 472 do CPC, a qual traz em seu texto forte carga processual, a substituição processual pode ser encarada como uma extensão do processo, haja vista que o julgado dirá respeito a quem não participou da lide, isto é, vinculará terceiros, segundo a acepção processual. Logo, ao estender a autoridade da coisa julgada a quem não participou do processo (terceiros, ainda que substituído), estar-se-á diante de uma extensão *inter alios*.

Tratando sobre as demais hipóteses de extensão da coisa julgada que

foram versadas pro Liebman, Grinover aduz o seguinte:

> Contudo, forçoso é reconhecer que tal extensão – ainda que reflexa – também pode ocorrer, conforme lição de Liebman acima invocada, em hipóteses em que haja (I) incindível conexão entre a relação jurídica do terceiro e a relação investida de coisa julgada ou (II) dependência necessária da relação jurídica do terceiro da relação investida de coisa julgada.
> Ocorre que, nessas duas últimas situações, a extrapolação da coisa julgada perante terceiros (pessoas que não estiveram na relação processual e que, portanto, não puderam exercer o contraditório) pressupõe alguma forma de representação ou de substituição daquele que não está no processo por aquele que está. Sem essa premissa, estender a coisa julgada a terceiros seria violar as já mencionadas garantias constitucionais (2011, p. 11-12).

Esse tipo de perspectiva possibilita então que titulares do mesmo direito, ainda que não presentes na ação, quando albergados pela coisa julgada, possam ser considerados como substituídos (GRINOVER, 2011, p. 13). Oras, se as partes e terceiros são titulares de mesmo direito levado a juízo, sendo tal direito único e indivisível, a parte atuará em defesa de interesse de terceiros inevitavelmente. E, por serem atingidos pelos efeitos da sentença e vinculados a esta, acaba se considerando que a parte agiu como substituto de terceiros.

Entretanto, a despeito dessa linha de raciocínio, é valido ressaltar que a substituição processual se dá por meio de legitimação extraordinária, não constituindo regra, mas exceção cujas possibilidades somente a lei poderá prescrever. E seu exercício somente se dará por meio daqueles que se encontram adequadamente autorizados a representar, conforme disposto em lei. Caso não sejam respeitados os requisitos legais da legitimação extraordinária, a ação poderá ser extinta sem resolução de mérito (DIDIER, 2010, p. 209)[16]. O que "embora nominalmente seja *resolução sem mérito* [...], todavia torna-se definitiva, porque não se poderá (proveitosamente) repropor a ação, já que esta apresentaria aquela mesma deficiência processual" (MANCUSO, 2008, p. 283).

2.4.5 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO

Segundo Didier, "diz-se que há *litisconsórcio unitário*, quando o provimento jurisdicional de mérito tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo para eles julgamentos diversos" (DIDIER, 2010, p. 320), de maneira que "só de modo uniforme se pode 'resolver' – segundo a dicção da lei – a relação jurídica litigiosa, para todos os litisconsortes" (MOREIRA, 1972, p. 13). Desses dois conceitos, emergem dois pressupostos necessários para configurar como tal as partes de determinado processo, quais sejam, a discussão de uma única relação jurídica por parte dos litisconsortes e que esta seja indivisível (DIDIER, 2010, p. 320).

Sendo os casos de litisconsórcio unitário aqueles cujo objeto obriga as partes a serem tratadas como uma unidade, alterações neste objeto acabam por atingir a todos, mesmo que tal mudança não tenha deles participação. E essa unicidade, de certo, gera consequências processuais, principalmente, no que diz respeito à formação dos polos da ação.

Porém, enquanto no caso do polo passivo o "problema" é facilmente resolvido quando se obriga a figurar no polo passivo da ação todos os sujeitos referentes à relação jurídica indivisível[17]; no caso do polo ativo a solução não parece tão simples, eis que "não se pode condicionar o direito de ação do autor à participação dos demais colegitimados como litisconsortes ativos", e que, quando "proposta a demanda sem presença de todos os colegitimados, não poderia o magistrado ordenar a integração do pólo ativo pelos colegitimados faltantes, já que é inadmissível no nosso sistema, que alguém seja obrigado a litigar, como autor, em demanda judicial" (DIDIER, 2010, p. 323). E é justamente em razão desses argumentos que a doutrina afirma que o litisconsórcio unitário não poderá somente ser necessário – em que pese o texto do artigo 47 do CPC[18] –, restando, portanto, como facultativa a formação do polo ativo, mesmo em casos de litisconsórcio unitário.

A rápida explanação quanto à existência da figura do litisconsórcio unitário facultativo, foi trazido com o intuito de dar um plano de fundo ao ponto principal deste subtópico: as implicações dessa unidade de plurissujeitos em razão da indivisibilidade de objetos na extensão subjetiva da coisa julgada desses casos.

Grinover, tratando sobre uma reunião societária em face da qual tramita ação que visa anular o referido encontro, afirma ser este

exemplo – clássico nas publicações sobre a extensão subjetiva da coisa julgada – um caso de "litisconsórcio facultativo unitário em que, pela indivisibilidade do objeto da demanda e pela identidade de situações jurídicas dos legitimados, a sentença é necessariamente uniforme para todos os litisconsortes", embora, salienta a autora, por ser um caso de "litisconsórcio facultativo, qualquer titular do direito de ação pode propor autonomamente sua demanda" (GRINOVER, 2006).

Para chegar a esta conclusão, colaciona-se trecho de Barbosa Moreira explicando o raciocínio:

> A coisa julgada que se constitua para qualquer dos possíveis litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deve ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra da uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor contrário, haveria a consequência absurda de sobrevirem, para cada qual, *duas coisas julgadas contraditórias*. Realmente, se se acolheu o pedido em relação a A e se se rejeitou a B, como *ex hypothesi* este fica vinculado *pela auctoritas rei iudicatae* do pronunciamento emitido em face daquele, e vice-versa, segue-se que para um e outro existirão a coisa julgada da decisão de procedência e, ao mesmo tempo, a coisa julgada da decisão de improcedência (MOREIRA, 1972, p. 27).

Então, para que se possa estender a coisa julgada *inter alios*, tenta se buscar um meio que não venha a ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa dos terceiros e, mesmo assim, manter a lógica no sistema, ou mais especificamente, nos julgados. Como solução, procura-se tratar os casos de litisconsórcio facultativo unitário como sendo de substituição, eis que a legitimação extraordinária é inerente ao tipo de direito material que origina o litisconsórcio unitário (DIDIER, 2010, p. 320).

Quanto a possíveis entraves jurídicos, neste raciocínio, Grinover assevera que:

> É certo inexistir, no ordenamento brasileiro, lei que autorize o sócio a pleitear, em nome próprio, direito alheio. No entanto, o escolho do art. 6º do CPC já foi superado pela doutrina que, antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, entendeu que, nas obrigações indivisíveis, haveria de se dar uma interpretação mais elástica ao dispositivo, para vislumbrar a legitimação à ação coletiva do membro do grupo, em razão de ser o interesse, ao mesmo tempo, próprio e alheio: ninguém duvida, foi acrescentado, da legitimidade de qualquer credor para, sozinho, reclamar em juízo a prestação. Com maior razão, portanto, uma operação simples de hermenêutica seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembleia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica. E, na mesma causa, os sócios interessados na validade da assembleia são substituídos pela parte contrária (GRINOVER, 2006).

E arremata a processualista:

> Trata-se simplesmente de observar a natureza das coisas e é exatamente a natureza das coisas que devem se adaptar os princípios e até mesmo as garantias constitucionais (GRINOVER, 2006).

Por certo, elastecer a interpretação do artigo 6º do CPC nos casos de unitaridade do direito é a melhor forma de encarar esse tipo de caso, pois de outra forma estaria permitindo a existência de sentenças contraditórias, o que afastaria qualquer segurança do julgado, apenas garantindo um contraditório que restaria inócuo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se realizar uma análise acerca da coisa julgada e das transformações feitas neste instituto a fim de possibilitar a tutela dos direitos coletivos, além de tratar sobre as implicações de tais mudanças, tendo focado tal análise nos limites subjetivos abrangidos

pela coisa julgada.

Sobre a coisa julgada, primeiramente, tratou-se sobre as suas concepções individualistas, sempre mantendo esta visão alinhada à relação que tal instituto tem com o direito material, o qual se busca tutelar, assim como sua relação com a segurança jurídica. Dessa forma, partindo da forma como o CPC de 1973 versa sobre a coisa julgada, e utilizando-se dos ensinamentos de Liebman – visto sê-lo fonte de inspiração para aquele Código –, começou-se a demonstrar o liame existente entre o CPC e as relações individuais. Como consequência desta ligação, mostrou-se a limitação subjetiva *inter partes* como justo equilíbrio entre o direito material individual e a segurança jurídica de terceiros.

Porém, não creditou tal regra como única a ser considerada sobre o tratamento subjetivo da coisa julgada. Assim, para contrapor a ideia de esta regra ser tida como única e absoluta, foram trazidos à baila casos de inadequação da limitação da coisa julgada *inter partes*, tais como os direitos solidários e o litisconsórcio facultativo unitário. A partir deles, pôde-se notar a inaplicabilidade irrestrita da limitação *inter partes* da coisa julgada, eis que, embora justa para a maioria dos casos de direito individual, não pode ser concebida como regra absoluta, mas apenas uma regra geral, incompatível com certas exceções, nas quais a coisa julgada se expandiria *inter alios*.

Com isso pode-se notar que não há como restringir a exploração do instituto em baila somente a aplicação cega de uma regra geral que não se preocupa com o direito material levado a juízo. Não se prega, contudo, uma iconoclastia de tal instituto, mas somente uma aplicação consciente, em conformidade com o direito material que se busca tutelar.

THE PARTIAL JUDGMENT ON THE MERITS OF DIVORCE ACTIONS

ABSTRACT: This paper has the objective is scoped to handle on the Office of the *res iudicata* in the Code of Civil Procedure of 1973, emphasizing the treatment of its subjective limitation, which is commonly regarded as strictly *inter partes*. To reach that, this paper will treat more general issues about the res judicata, such as its origin, its meanings, as well as the limits of subjective limits that is relate to individual rights, and the relativity of subjective restriction of the *res iudicata* in cases that version

on “individual” rights.

KEYWORDS: *Res iudicata*. Subjective Restriction. *Inter partes*.

Notas

1 As aspas que delimitam os termos “direitos arguidos” aí estão porque não há como considerar direito o que foi afirmado pela parte, pairando dúvida se realmente se trata de direito, afinal, não há qualquer embasamento para tal, podendo se tratar de mera pretensão ou mesmo de ato que contrarie direito alheio.

2 Ainda sobre os fundamentos políticos, Mancuso traz excelente argumento que engrossa esta tese, qual seja, a existência de casos em que a coisa julgada não atua, outros casos em que ela tem seus limites subjetivos ou objetivos mitigados e outros ainda em que sua eficácia é condicionada, etc. Defende o autor que “essa plasticidade do instituto só pode advir da constatação pelo legislador de que em alguns casos convém a total imunização de um julgado em face de eventos futuros e já não assim em outros, denotando a preocupação em tratar desigualmente as situações desiguais”(MANCUSO, 2008, p. 124). Algumas dessas hipóteses serão objeto deste trabalho e deve-se a isso a falta de pormenorização dessas hipóteses nesta nota.

3 Neste sentido ver ZUFELATO, 2012, p. 26 e MANCUSO, 2008, p. 123.

4 Vê-se que a acepção da verdade ficta estava muito ligada ao efeito declaratório da sentença, sendo a coisa julgada o efeito de “transformar” em verdade o que fora declarado pelo juiz acerca da existência ou não de determinada relação jurídica. Contudo, tal teoria não conseguia manter relação com o efeito constitutivo, visto que neste não há declaração sobre a existência ou não de relação jurídica, mas a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica. Ora, como considerar verdadeiro, por exemplo, determinada relação que sequer existira, visto tê-la sido constituída pela sentença? De certo, seria uma consideração ilógica.

5 Consoante se extrai de: BRASIL. Código de processo civil. Código de processo civil : histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188. Em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 maio 2013, p. 17.

6 “Art. 247 Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou coisa julgada” (Grifos nosso).

7 Consoante: BRASIL. Código de processo civil. Código de processo civil : histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188. Em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 de maio 2013, p. 13.

8 Zufelato, tratando sobre o rol elencado no artigo 469 do CPC, mostra um ponto de vista muito interessante com o qual o presente trabalho coaduna. Segundo o citado autor, o legislador pátrio acabou sendo redundante ao excluir dos limites objetivos da coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a questão prejudicial, afinal, todos eles são motivos, razões, fundamentos que foram levados em conta pelo magistrado, no momento do julgamento. De modo que bastava excluir os dois últimos incisos, pois já estariam implícitos no primeiro, como espécies do gênero “motivos” (ZUFELATO, 2012, p. 41).

9 Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte,

o julgamento da lide (art. 5º). Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

10 "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, CF/88); "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, CF/88).

11 Art. 472, CPC, primeira parte.

12 Segundo Betti: "Os limites subjetivos da coisa julgada são regidos (...) por dois princípios fundamentais. O primeiro, de caráter negativo, estabelece que a decisão pronunciada entre as partes em causa é juridicamente irrelevante a respeito de terceiros estranhos ao processo, como coisa julgada, que se pode a eles referir"(BETTI apud LIEBMAN, 2007, p.89). "Esse princípio, de caráter negativo, é integrado por um segundo, de caráter positivo, por força do qual 'a decisão pronunciada entre as partes tem valor também em relação a determinados terceiros, como coisa julgada que se formou entre essas partes'" (BETTI apud LIEBMAN, 2007, p. 90).

13 Conquanto Liebman não coadune com Betti sobre sua tese, relutando em estender a terceiros a autoridade da cosia julgada, aceita a classificação como válida. Cf. LIEBMAN, 2007, p. 142-143.

14 Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos. Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. [...] Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

15 Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

16 Art. 6º Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: [...] VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

17 O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo (art. 47, parágrafo único, CPC).

18 Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. *Código civil*: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis /2002/L10406.htm>. Acesso em 23 de fev. de 2014.

_____. *Código de processo civil*: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. DF: Congresso Nacional, 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 de fev. de 2014.
_____. *Código de processo civil*: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2015.
_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 23 fev. de 2014.
_____. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. DF: Congresso Nacional, 1977. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 fev. de 2014.
_____. *Lei nº 11.441*, de 04 de janeiro de 2007. DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 25 fev. de 2014.
COSTA, Alexandre Fortes da. *Cumular ou não cumular, eis a questão*: os pedidos de divórcio e alimentos podem ser feitos na mesma ação ou devem ser feitos em ações distintas? Jurisway, Rio de Janeiro, 10 out. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12040>. Acesso em: 24 fev. 2014.
CUNHA, Leonardo José de Carneiro. *O §6º do art. 273 do CPC*: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?. Revista Dialética de Direito Processual, v. 1. São Paulo: Dialética, 2003.
FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um Réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 18, p. 49-82, 2003.
_____. *A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata do mérito (concessão imediata do divórcio e continuidade do procedimento para os demais pedidos cumulados).* Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27, abr/mai 2012. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/189575040/A-Nova-Acao-de-Divorcio-e-a-Resolucao-Parcial-e-Imediata-de-Merito>. Acesso em: 26 fev. 2014.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela.* 12º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa*: uma proposta de compreensão do art. 273, §6º, do CPC, na perspectiva do direito fundamento a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 149, p-105-119, jul. 2007. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 24 fev. 2014.
NERI, Bianca Garcia. *Capítulos da Sentença e Coisa Julgada Progressiva*. Boletim Jurídico, Uberaba, a. 5, n. 1119. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2985> Acesso em: 24 fev. 2014.
OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *A coisa julgada material formada progressivamente e o prazo para sua rescindibilidade*: análise crítica da súmula nº 401 do STJ. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 57, p. 96-120, 2013. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/>. Acesso em: 26 fev. 2014.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
TARTUCE, Fernanda. *Processos de Família após a Emenda Constitucional 66/2010*: Repercussões Processuais no Divórcio e Panorama no Novo CPC. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). Família: entre o público e o privado. 1ed. Porto Alegre: Magister / IBDFAM, 2012, v. 1, p. 96-111.

CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A APLICAÇÃO CRÍTICA E LEGÍTIMA DO DIREITO

Waltenberg Lima de Sá*

RESUMO: O presente artigo apresenta um novo paradigma para a hermenêutica jurídica, divorciado do positivismo e, consequentemente, da dogmática jurídica. Para tanto, delineia o arcabouço doutrinário que antecedeu a construção do marco teórico aqui utilizado, a hermenêutica filosófica de Gadamer, cuja tônica consiste na oposição ao método como único meio para se chegar à verdade. Ao ingressar em sua análise propriamente dita, busca trabalhar com os conceitos mais importantes, a exemplo da tradição, da autoridade, da pré-compreensão e da fusão de horizontes, com a finalidade de sedimentar o caminho para entender aquilo que ele descreve como círculo hermenêutico, conceito-chave para o deslinde da proposta aqui desenvolvida. Quanto a este, também procura fazer uma análise das propostas de alguns pensadores que precederam ao conceito gadameriano. Delineada a substância da hermenêutica filosófica, parte-se para a análise de seu operar na hermenêutica jurídica, imprimindo uma reflexão crítica sobre a compreensão no âmbito da aplicação do direito e, como corolário, contribuindo para a superação do paradigma positivista e suas aporias. Assim, busca explicitar a contribuição de Gadamer para o pensamento jurídico, partindo de sua hermenêutica filosófica para explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo operador do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica filosófica. Círculo hermenêutico. Interpretação jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Diante da hermenêutica jurídica tradicional, o papel da filosofia jurídica tem se restringido a lastrear a dogmática da interpretação e

* Mestre em Direito Público Contemporâneo pela Universidade Federal de Sergipe, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, ex-Advogado da União e ex-Defensor Público Federal.

aplicação do direito positivo, apenas metodologicamente alcançável. No máximo, a filosofia tem servido somente para colmatar as lacunas da dogmática, atuando de forma marginal e subsidiária quando as técnicas interpretativas não se mostram suficientes.

A supremacia do pensamento positivista, com isso, culmina por não reconhecer força jurídica alheia ao legalmente posto. Não difere substancialmente o que se denomina de *pós-positivismo à brasileira*, ao adotar um critério de validade vinculado a determinados princípios ético-jurídicos, desconsiderando fatores filosóficos essenciais para a legitimidade do sistema normativo.

Gadamer caminha por novos horizontes teóricos da hermenêutica jurídica, refletindo sob uma perspectiva diversa. Sua hermenêutica revela que, na prática, a separação entre ciência e filosofia, operada pelo positivismo, desaparece ante a constante necessidade de demonstrar os caminhos trilhados para a concretização do direito, o que somente pode ser alcançado pela reflexão filosófica.

A hermenêutica filosófica gadameriana propõe a demonstração das bases da compreensão, inclusive na seara jurídica, em que a interpretação da norma vai além daquilo que encerra em si mesmo, ao refletir sobre seus condicionantes prévios, desmistificando a pretensão idealista da aplicação do direito.

O sentido de universalidade que Gadamer confere à hermenêutica passa pelo mundo que circunda e precede o ser, cuja existência é nele e por ele revelada. Dessa forma, no processo de aplicação do direito, desloca-se o foco da hermenêutica jurídica no saber técnico-normativo para os elementos que precedem e condicionam a compreensão, ou seja, no saber ético-político que antecede a verdade e o método.

A partir dessa proposta da hermenêutica filosófica, pretende-se repensar o paradigma dominante da hermenêutica jurídica, refletindo acerca do caráter criativo da compreensão do direito, quando aplicado sob a crítica da consciência histórica. Com isso, busca-se demonstrar que a aplicação do direito não pode ser guiada simplesmente por uma sistemática metodológica, em busca de uma razão lógica dos motivos para decidir em determinado sentido. Antes disso, há de se buscar compreender o próprio ser do aplicador do direito, desvelando suas concepções éticas e sociais, mormente aquelas dominantes no seio social em que se encontra, em um processo de mútua transmissão de

conhecimento, semelhante ao desenho dado ao círculo hermenêutico.

Com a aplicação da hermenêutica filosófica no âmbito jurídico, tem-se o sentido do direito de acordo com a realidade circundante. A filosofia visa, com isso, enobrecer a prática jurídica, deixando às claras as condições de atuação e, consequentemente, livrando-a da instrumentalização ideológica, tendo em vista a impossibilidade de uma assepsia valorativa, ou seja, do ideal da neutralidade científica na aplicação do direito.

Com o fim de demonstrar como a proposta gadameriana de uma hermenêutica filosófica supera os métodos hermenêuticos, não só na compreensão como também da concretização do direito, necessário inicialmente delinear o arcabouço filosófico percorrido pelos predecessores do referido filósofo, o que é feito logo no tópico inicial para, em seguida, fazer-se uma abordagem dos traços fundamentais da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que busca o modo de ser da verdade a partir da arte, da história e da linguagem, modos de experiência que não podem ser controlados pelos meios metodológicos científicos.

Com isso, apresenta-se como a hermenêutica filosófica busca dar uma resposta à forma metodológica de compreender o mundo, enxergando na tradição, na autoridade e na pré-compreensão, instrumentos para a compreensão, consistindo a reabilitação desses conceitos um dos pontos altos da proposta de Gadamer, a partir dos quais ele constrói a forma circular do processo que resulta na compreensão. Referido processo passa também pela fusão de horizontes, resultado crítico da relação dialógica de pergunta e resposta entre o sujeito interpretante e o objeto interpretado, a partir de que nasce um novo entendimento quando da aplicação do sentido perscrutado.

O deslinde da abordagem de todos esses conceitos se dá com a construção do círculo hermenêutico gadameriano, o que ocorre a partir da evolução das propostas de circularidade da compreensão desenvolvidas por seus antecessores, principalmente por seu mestre, Martin Heidegger, ao se desprender dos entraves epistemológicos dos demais filósofos. Por isso, no terceiro tópico, apresenta-se a forma como a hermenêutica filosófica opera na compreensão e aplicação do direito, buscando evidenciar como ela pode explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo operador do direito.

Desse modo, a evolução da hermenêutica metodológica para a filosófica culmina por findar com o interpretar por partes, característico da hermenêutica clássica, e, consequentemente, não aceita a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, por rejeitar o método subsuntivo, característico da cultura jurídica positivista.

Busca-se, assim, na hermenêutica filosófica um novo referencial teórico para a superação das aporias do positivismo, objetivando não o sentido unicamente no texto, mas a atribuição de sentido a partir do mundo circundante.

Enfim, o objetivo do presente trabalho é dialogar com a hermenêutica filosófica de Gadamer sob a perspectiva do direito, especificamente da hermenêutica jurídica, para, com isso, tornar clara a necessidade do operar filosoficamente consciente por parte do aplicador do direito, fazendo com que sua atividade hermenêutica seja exercida de forma reflexiva e destinada a alcançar a essência do fenômeno jurídico.

2 BREVE ESCORÇO DO PROCESSO EVOLUTIVO DA HERMENÊUTICA

A construção, consolidação e desenvolvimento da teoria hermenêutica, até chegar à hermenêutica filosófica, inicia-se com Schleiermacher que, diante da restrição da hermenêutica arcaica aos campos da filologia, da exegese bíblica e dos textos clássicos, constatando a carência de um tratamento sistemático para interpretá-los, propõe uma hermenêutica geral, com regras e cânones universais, sendo o caráter circular da interpretação um de seus legados mais importantes, consistente no movimento que se realiza entre o autor e o intérprete e no sentido de que a explicação do particular pressupõe já a compreensão do todo e vice-versa.

No entanto, sua teoria mostra-se eminentemente psicológica, relegando a questão do sentido para se centrar no ato criador do autor, em que o intérprete penetra até o pensamento do escritor com o objetivo de entender o que este pretendia dizer.

Dilthey, dando continuidade às ideias de Schleiermacher, assumiu o papel de intérprete do *pacto* entre hermenêutica e história, em que, para a compreensão de um texto passado, deve-se atentar para seu encadeamento histórico, sendo que somente por meio de uma reflexão

psicológica básica seria possível fundamentar a objetividade do conhecimento das ciências do espírito.

Porém, por acentuar a questão psicológica, a objetividade em sua teoria permanece um problema insolúvel, levando-o à constantemente remanejar e aperfeiçoar seus conceitos, em busca de uma objetividade inelutável, em face da pretensão de contrapor-se ao positivismo por uma concepção autenticamente científica da compreensão (RICOUER, 1977, p. 27).

Betti, por sua vez, pretende concluir o projeto inacabado de Schleiermacher de estabelecer uma hermenêutica geral, avançando também em relação à Dilthey por não ter ficado preso às ciências históricas e ao psicologismo (TEIXEIRA, 2012, p. 62-63). Para tanto, confere posição de destaque ao método e ao objeto, propondo pormenorizar o processo interpretativo por meio de cânones hermenêuticos.

No entanto, sua teoria não conseguiu ser objetiva e positiva, como se havia comprometido (GRONDIN, 1999, p. 214) e, por conta do subjetivismo e relativismo, sua metodologia incide nas mesmas limitações opostas à contribuição de Dilthey para a epistemologia hermenêutica (BLEICHER, 1992, p. 60).

Já em Heidegger, a linguagem e a hermenêutica passam a ser vistas sob o prisma da fenomenologia[1], o que dá ensejo à chamada virada ontológica, em que a compreensão é vista não como uma técnica, mas como um modo de ser do homem, vinculando-a à relação do ser com o mundo, ou seja, seu problema hermenêutico está ligado à compreensão do *Dasein*, do *ser-aí*, à compreensão do homem, do *ser-no-mundo*. Por isso, sua noção de círculo da compreensão está vinculada à ideia de que toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e toda compreensão da existência implica a compreensão do mundo.

Gadamer, partindo das ideias de Heidegger, coloca a compreensão e a interpretação no centro da reflexão filosófica, tangenciando os esforços de seus predecessores para construir a hermenêutica como uma ciência da interpretação e da compreensão, ou seja, uma epistemologia hermenêutica, preferindo fundamentá-la como uma filosofia, em que o sujeito pode pensar e ponderar sobre aquilo que o outro pensa, em busca do *não-dito quando este diz algo*, uma vez que nunca conseguimos dizer tudo que queríamos (ROHDEN, 2009, p. 61-62).

Sua proposta não busca os métodos interpretativos, mas simplesmente

quais as condições que tornam possível ao *ser-no-mundo* compreender. Para tanto, antes de buscar os métodos, ele busca investigar o ato de compreender, o que o precede e quais as condições que o possibilitam.

Habermas, por outro lado, como um dos herdeiros da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, desenvolve um trabalho centrado em uma política emancipatória e na reflexão sobre as condições de um diálogo livre de dominações (HABERMAS, p. 06-11). Apesar de reconhecer que o método reprime a alma e que a reflexão interior liberta o ser, opõe-se à hermenêutica filosófica de Gadamer, propondo uma leitura crítica ao que entende por leitura tradicionalista, além de questionar a pretensão de universalidade da hermenêutica.

Ele destaca a ação comunicativa, o contexto social necessário à democracia e a existência de uma esfera pública livre de domínio político, cuja legitimidade deve se arvorar no consenso e na discussão racional. Assim, sua questão hermenêutica passa pela discussão da teoria do agir comunicativo e da ética do discurso.

Porém, é criticado por conta da dificuldade de justificar a pretensão do intérprete de que sua interpretação é melhor que as supostamente distorcidas, em uma posição de árbitro entre o que é verdadeiro e falso que esconde uma tendência elitista, não condizente com a pretensão emancipatória de uma abordagem crítica (BLEICHER, 1992, p. 203-204).

3 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

Gadamer se opõe à ideia de Descartes de que o método seria o caminho para a certeza absoluta, proposta que foi a base do pensamento iluminista, ou seja, da modernidade filosófica. A crítica ao conceito de método como meio para o alcance da verdade é o ponto nodal da obra de Gadamer, em que procura de diversos modos demonstrar o equívoco dessa visão, utilizando a noção de jogo, de círculo e de diálogo para questionar a autoevidência desse pensamento científico, uma vez que ao invés de demonstrada pelo método, a verdade pode estar por ele encoberta.

Diante disso, a hermenêutica filosófica representa uma resposta à forma metodológica de compreender o mundo, enxergando na tradição, na autoridade e na pré-compreensão, instrumentos para a compreensão.

3.1 A REABILITAÇÃO DO QUE SE ENTENDE ACERCA DA TRADIÇÃO, DA AUTORIDADE E DA PRÉ-COMPREENSÃO

Mais do que algo que simplesmente vem do passado para o presente, a tradição indica uma transmissão pela linguagem que aglutina desde o passado até o presente, desenhando o futuro.

Por não estarem submetidos ao domínio metodológico, os fatos históricos não podem ser descritos de forma neutra, cegamente submetidos à investigação científica, pois se trata de processo em que o ser humano está sempre implicado, o qual deve travar um diálogo com a tradição em busca de um novo e mais amplo autoconhecimento (ROHDEN, 2009, p. 66).

A reflexão sobre a verdade não pode querer subtrair-se à tradição, devendo encontrar um novo relacionamento também com os conceitos que ela mesma utiliza, adotando o que lhe foi legado do seu conteúdo significativo original, porém, sem que seus conceitos seja apropriados acriticamente, já que advém de um aperfeiçoamento de acontecimentos que vêm de longe (GADAMER, 1999, p. 32-33).

Com isso, a tradição traz uma positividade instauradora de novos sentidos, à medida em que pode revelar aqueles que o tempo e a história tenham deixado esquecidos. Ela nos narra, apresenta-nos a coisa, conta-nos sua história, falando conosco através da linguagem.

Por sua vez, a autoridade (*Autorität*) não é imposta, mas sim conquistada com base no reconhecimento de que o outro é capaz de saber mais e ter uma visão mais acertada, por isso deve ser ouvido. Gadamer enxerga-a não como mera subserviência irrefletida, mas sim como reconhecimento em decorrência do conhecimento, ou seja, para ele, ter autoridade é ter conhecimento. Desse modo, não é aceita de forma irracional e arbitrária, não sendo seu atributo mandar em alguém que lhe é submisso, pois reconhece alguém pelos seu conhecimento, isto é, seus méritos.

Para Gadamer, o verdadeiro fundamento da autoridade é, também, a liberdade e a razão, que a concede, basicamente, a alguém que possui uma visão mais ampla e mais consagrada, ou seja, porque sabe melhor (GADAMER, 1999, p. 371).

Quanto à pré-compreensão (*vorverständnis*), a historicidade da nossa existência implica que ela constitui a orientação inicial da nossa

capacidade de compreender. Possui sentido positivo porque no momento em que o sujeito compreende algo já possui uma pré-compreensão, a qual vai ser considerada legítima ou não quando em contato com o objeto interpretado. Se não tivermos ciência dos nossos preconceitos, não seremos cientes daqueles em virtude dos quais julgamos.

Preconceito não significa falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente, pois não são forçosamente errados e destinados a distorcerem a verdade. Por isso, Gadamer defende que devem se tornar positivas aquelas considerações negativas sobre os preconceitos, a partir do próprio conceito destes, uma vez que a historicidade da nossa existência implica que eles constituem a orientação inicial da nossa capacidade de compreender (GADAMER, 1999, p. 360-361).

Se pretendemos compreender corretamente, ou seja, sem distorções, precisamos nos desvincular do circuito fechado de nossas opiniões prévias para, a partir daí, tomarmos conhecimento da opinião do outro e do próprio objeto a ser interpretado, com o intuito de desvendar seus sentidos sem nos deixarmos dominar por nossos preconceitos não percebidos, o que acabaria por encobrir os sentidos da coisa.

Por outro lado, se não tivermos ciência dos nossos preconceitos, não seremos cientes daqueles em virtude dos quais julgamos. Por isso, devemos ter como meta colocar os preconceitos a descoberto, para que o ser se mostre. Para tanto, há de se travar um diálogo fecundo, em que devemos reconhecer e acolher o que o outro tem em mente ao partir de preconceitos que ele também não tem ciência (GRONDIN, 2012, p. 505-506).

Dessa forma, pré-compreensão quer dizer juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes, segundo a coisa em questão. O matiz negativo do preconceito é aqui apenas secundário (GADAMER, 1999, p. 360).

3.2 DA FUSÃO DE HORIZONTES AO CÍRCULO HERMENÊUTICO

Gadamer toma de empréstimo de Nietzsche e Husserl[2] o termo horizonte para construir um de seus mais conhecidos conceitos, a *fusão de horizontes,* com o qual busca uma perspectiva de mundo por meio da linguagem, uma vez que se, para ele, o ser que pode ser compreendido

é linguagem, então o horizonte é linguístico.

A linguagem, ao lado da arte e da experiência histórica, é uma das formas de se chegar à verdade e, também por isso, é considerada o veículo universal da compreensão. Como o direito é linguagem, aplica-se-lhe tudo o que a filosofia traz a respeito dela e, consequentemente, inserindo o modo filosófico de sua análise no pensamento jurídico.

Na fusão de horizontes há um confronto entre a pré-compreensão do intérprete e a linguagem original do texto, sendo necessário que o intérprete tenha consciência desse hiato temporal e da consequente diversidade de sentidos, sob pena de se limitar a interpretar apenas dentro dos seus preconceitos.

Esse distanciamento do passado não ocorre de forma linear, mas sim circularmente, uma vez que há uma recíproca relação entre o intérprete e o passado, em que um não é totalmente estranho ao outro, no bojo de um processo de revaloração do passado e reinterpretação do próprio presente, cujo deslinde nos traz um sentido novo.

Por outro lado, para o objeto interpretado também há uma *pré-interpretação* existente na história dos seus efeitos. A tarefa de colocá-los em contato, possibilitando que elas venham a convergir e produzir um conhecimento cada vez mais unificado, é tratado por Gadamer como a *fusão de horizontes*.

Cabe à hermenêutica colocar em relação de diálogo o autor e o objeto, na qual os horizontes próprios à obra se fundirão com os horizontes próprios do leitor, de onde nasce não necessariamente a melhor e definitiva interpretação, mas simplesmente outra interpretação. Observe-se que não ocorre a supressão de um ou outro horizonte, mas a fusão entre o horizonte do sujeito e o do objeto, isto é, um entrecruzamento crítico (ROHDEN, 2009, p. 67).

Em decorrência dessa fusão de horizontes, a compreensão é dialógica, em que o passado não é simplesmente substituído pelo presente, mas acomodado e expandido. A verdade só pode emergir do diálogo dentro da tradição, ou seja, a verdade é diálogo. Porém, ambos, verdade e diálogo, nunca são completos e totalmente previsíveis, mudando de acordo com os questionamentos das suposições iniciais, muitas vezes nos conduzindo a mudar a forma de enxergar o objeto.

Segundo Heidegger, as condições que nos permitem pensar são estabelecidas bem antes de iniciarmos os atos de introspecção, pois

precisamos ter antes de termos (*pré-posse*), ver antes de podermos ver (*pré-visão*) e conceber antes de qualquer concepção (*pré-concepção*) (LAWN, 2007, p. 78).

Isso quer dizer que nós já estamos envolvidos no mundo antes de procurar compreendê-lo, ou seja, pergunta-se pelo ser já tendo uma noção do que é, sendo esse o ponto de partida do círculo hermenêutico, logicamente que sempre incompleto, por estar em contínua ação, abrindo-se à reflexão, ao julgamento e à interpretação.

Primeiramente o *Dasein* realiza uma compreensão de si mesmo quando da busca pela compreensão, uma vez que se questionar faz parte de seu modo de ser. Diante disso, o círculo possui um sentido ontológico positivo, não permitindo que as opiniões prévias sejam arbitrárias, mas sim fundamento da investigação.

Gadamer enxerga nessas ideias de Heidegger o movimento do círculo hermenêutico, em que o sentido positivo da compreensão prévia, ao ter contato com o objeto em análise, resulta na compreensão elaborada evolutiva e sucessivamente, tantos quantos forem os contatos com o objeto interpretado. Com esse constante movimento aproximativo, as opiniões prévias vão se adequando à unidade de sentido do texto.

Como se percebe, Gadamer desenvolve seu conceito de circularidade hermenêutica a partir da estrutura da compreensão prévia de Heidegger, entendendo-a conforme a tese de que a parte é entendida a partir do todo e este a partir daquela, não obstante um texto não possa ser compreendido simplesmente a partir da mente do autor, mas sim de um todo da tradição que lhe dá sentido. A estrutura circular da compreensão por ele defendida está arvorada na temporalidade da presença do *ser-no-mundo*, aliada à historicidade da compreensão, além da implicação do intérprete no todo do processo.

Avança, porém, em relação ao seu mestre, uma vez que retoma sua concepção de círculo hermenêutico, extraindo a estrutura ontológica prévia da compreensão, mas procura complementá-lo com as noções de preconceito e tradição, evidenciando o caráter de historicidade da compreensão, em uma atividade interpretativa que demanda um revisar permanente das concepções até então elaboradas (KESKE, 2013, p. 19).

O que Gadamer propõe com o círculo hermenêutico é uma antecipação de sentido, de acordo com a pré-compreensão em comunhão com a tradição, a partir da qual, em círculos concêntricos, haveria sua

reelaboração, em que o todo e as partes se determinam mutuamente, em um processo interpretativo do qual o ser faz parte daquilo mesmo que está sob análise. Por este mover-se circular entre parte e todo chega-se à compreensão sem nunca voltar ao ponto de partida da análise inicial, em um entrelaçamento dos significados das coisas e dos sentidos da existência do ser por meio da linguagem.

Em suma, inicia-se com um projeto prévio, confrontando-se com a pré-compreensão e, à medida que se penetra nessa unidade de sentido, alguns preconceitos são descartados. Nesse processo, o intérprete deve constantemente revisar suas próprias preconcepções, revirando suas bases e, assim, evitando um círculo vicioso.

Percebe-se, com isso, que não há uma intersubjetividade entre intérprete e autor, como defendido por Schleiermacher e Dilthey, mas uma relação dialógica entre aquele e o texto que fala com ele, interpelando-o. Diante disso, a hermenêutica filosófica de Gadamer não opta nem pelo subjetivismo nem pelo objetivismo, pois defende que texto e autor convivam, cada um em seu contexto histórico, cujos horizontes se fundem para dar origem à compreensão.

Por isso se diz que, com ele, o conceito de compreender se desprendeu do âmbito metodológico das ciências do espírito, sendo uma das suas maiores contribuições enxergar na interpretação uma investigação filosófica do processo da compreensão de si, partindo da ideia de que toda compreensão é interpretação.

Sua hermenêutica tem viés filosófico e universal por buscar compreender o que realmente acontece com o ser, para além daquilo que quer ou sente. Ademais, tem sua dimensão prática, na medida em que pode modificar atitudes e oferecer novas perspectivas até então não abordadas.

Enquanto para o pensamento moderno o verdadeiro conhecimento está objetivado naquilo em que buscamos compreender, não devendo ser consideradas as percepções do ser interpretante, que só serviriam para desviar o conhecimento puro, para Gadamer a compreensão é um processo interpretativo do qual o ser faz parte daquilo mesmo que está sob análise, uma vez que o mundo está sendo visto a partir do ser interpretante.

Extrai-se, assim, que a sistemática do círculo nos mostra três dimensões: o si mesmo, o outro e a tradição, nas quais imbricam-se

passado, presente e futuro. Nesse processo de encontro com o estranho, o intérprete se revela para si mesmo, por meio de seus próprios preconceitos, enquanto o outro, isto é, o objeto a ser questionado, manifesta-se para ele, cuja interação se dá na tradição como lugar comum de ambos.

4 O OPERAR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Em decorrência da necessidade da ciência do direito em racionalizar e explicar sua interpretação e aplicação, surge a hermenêutica jurídica como uma teoria geral destinada ao estabelecimento do sentido adequado da ordem normativa. O desenvolvimento desta específica área da hermenêutica se pauta pela concepção iluminista do direito, por meio da qual desemboca o desenvolvimento do positivismo jurídico e, por conseguinte, sua teoria da interpretação e aplicação do direito, comprometida com o ideal exegético da precisão e da busca da vontade do texto da lei.

A partir desse prisma, a concretização do direito resta limitada por uma abordagem formal positivista, restrita às categorias da dogmática jurídica, manejada por um intérprete pretensamente alheio às condições que o rodeiam e, consequentemente, enxergando e refletindo o direito, enquanto fenômeno hermenêutico, sob o pretexto de uma suposta neutralidade ideológica exigida pela *ciência pura* do direito.

Para alcançar um resultado imparcial e científico, esse modelo acaba por relegar as necessidades sociais e as concepções ético-jurídicas, cingindo-se a observar a correção metodológica e desprezando as condições prévias que acometem o ser interpretante, tornando-o incapaz de perceber a essência de si mesmo e daquilo que se propõe a compreender (LIXA, 2000, p. 152).

Como decorrência da razão iluminista amparada no cientificismo das ciências da natureza e, como corolário, na proposta de um individualismo exacerbado, projetaram-se operadores do direito distantes dos fatos postos em questão, por estarem limitados aos discursos de fundamentação como forma de fielmente cumprir a vontade geral por ela instrumentalizada, impedindo a capacidade de reflexão do intérprete, em função da necessidade de manter uma ordem valorativa preexistente.

Diante do esgotamento desse modelo técnico-científico, ante a

insuficiência frente às demandas da sociedade pós-modernista, a hermenêutica filosófica gadameriana se constitui em um novo referencial teórico com o objetivo de superar as contradições da modernidade, por meio de um diálogo questionador com a tradição do pensamento jurídico, fazendo com que o jurista lance um olhar sobre si mesmo, posicionando-se frente ao seu mundo e problematizando sua prática.

Sob esse prisma, a interpretação é alcançada sem arbitrariedades, vigiada que está pela historicidade da compreensão, pelo diálogo crítico provocado pela fusão de horizontes, enfim, produto de um círculo da compreensão que afasta os pré-juízos inautênticos, por meio de uma análise crítica do objeto interpretado, a partir de um movimento livre e permanente de revisão dos preconceitos, bem como do constante e circular questionamento da tradição pelo novo, em sintonia com o mundo circundante. Isso leva o operador do direito a partir das peculiaridades do caso concreto para a efetivação do direito, não se atendo apenas aos significados normativos genericamente fundamentados.

Essa ruptura de paradigma provocada pela hermenêutica filosófica traz como uma de suas consequências a possibilidade de superação do positivismo e, como corolário, do dogmatismo imperante na hermenêutica jurídica. Com isso, chega-se à conclusão de que o método não é mais imprescindível para se chegar à compreensão, isto é, para compreender, interpretar e aplicar o direito, fazendo com que prática e teoria se relacionem articuladamente dentro do círculo hermenêutico.

Na atualidade, as ideias de Gadamer podem ser vistas, e frequentemente são, como desconexas com a modernidade imperante nos tempos contemporâneos, todavia, para muitos ele foi além de seu tempo, sendo um precursor pós-modernista[3] ao questionar as bases metodológicas do iluminismo. Ele não compactua com o ceticismo consistente na necessidade da respeitabilidade científica em todos os acontecimentos. Da mesma forma, vê na modernidade cientificista uma capacidade de obscurecer verdades mais profundas.

Todavia, Gadamer não ignora ingenuamente a existência das distorções ideológicas, por isso propõe os recursos da hermenêutica filosófica para superá-las, adotando a opção por uma comunicação transparente, tendo por instrumento o diálogo, a tradição, a fusão de horizontes, enfim, o círculo hermenêutico, em que o eu do ser interpretante é deslocado de uma posição central e absoluta, para ser

posto em uma relação de compreensão circular (ROHDEN, 2009, p. 71).

Por ser *transmetodológica* (LIXA, 2000, p. 150), a hermenêutica gadameriana possibilita alcançar o sentido da compreensão do direito, tangenciando os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, o quais fazem da interpretação um ato de submissão ao sentido imanente do texto, que seria primeiramente revelado para, somente depois, ser adequado às contingências sociais, ou seja, primeiro interpretado para posterior aplicação, conforme defendido por Betti.

A hermenêutica jurídica não encampa a função meramente contemplativa, uma vez que se destina à realização de um fim, ou seja, não há interpretação sem relação social, pois é no caso concreto que surge o sentido único e irrepetível (STRECK, 2011, p. 288). Diante disso, é na aplicação que se dá a produção de sentido, que se aplicam conteúdos, ou seja, o sujeito não interpreta para conhecer, nem aplica o que compreendeu.

Por isso, diz-se que a evolução da hermenêutica metodológica para a filosófica culminou por findar com o interpretar por partes, característico da hermenêutica clássica e defendido pela teoria discursiva do direito. Também por esse motivo não se admite a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, uma vez que a fundamentação discursiva prévia não observa as peculiaridades do caso concreto, isto é, do mundo prático (STRECK, 2011, p. 127).

Observe-se, entretanto, que não ficou só na velha tradição a defesa da autonomia entre compreender e aplicar o texto, uma vez que a própria teoria discursiva do direito, de Habermas e Günther, defende sua realização de forma separada, notadamente da *applicatio*. Também para a ciência moderna a aplicação não pertence ao fenômeno da compreensão, uma vez que o intérprete deveria buscar compreender o texto de acordo com sua versão originária, sem se vincular a nenhuma situação concreta.

No entanto, a proposta de Gadamer não concebe a cisão discursiva ao instituir compreensão, interpretação e aplicação em um só momento, exatamente porque o círculo hermenêutico envolve o jurista no processo compreensivo, não estando simplesmente à sua disposição. As peculiaridades de cada caso, isto é, a facticidade não pode ser relegada pelo positivismo jurídico, por não ser possível simplesmente fundamentar a aplicação da norma de forma genérica, uma vez que a adequação exige um juízo discursivo singular. A cisão entre interpretar,

compreender e aplicar mostra-se incompatível com o modo prático do *ser-no-mundo*, pois não se fundamenta uma norma se seu sentido não se dá no caso concreto.

A aplicação das propostas da hermenêutica filosófica visa exatamente desvelar as particularidades de cada caso, atribuindo ao julgador um caráter produtivo e não meramente reprodutivo do sistema jurídico, por meio do resgate do mundo presente no fenômeno normativo. Nela, a reflexão do julgador acerca do caso concreto dá-se a partir de seus pré-juízos, fundindo seu horizonte com o da norma, em uma interação com o mundo circundante, procedimento apto a revelar a compreensão normativa adequada e destinada à justa solução da caso.

A partir dessa concepção gadameriana, Lenio Streck propõe uma hermenêutica não mais metodológica, nem meramente reprodutiva, mas sim produtiva por meio da circularidade que encampe os sujeitos e o objeto, em um processo em que compreender é interpretar e aplicar (STRECK, 2010, p. 73).

Para o referido autor, pretender antecipar qualquer dessas fases seria o mesmo que conceituar algo sem a presença do objeto, como se a linguagem fosse manipulável, capaz de manejar sentidos, isto é, mero objeto do sujeito. Não há interpretação sem relação social, pois é no caso concreto que surge o sentido único e irrepetível. Como o intérprete não domina a tradição, os sentidos atribuídos ao texto fogem à sua vontade, com isso o processo unitário da compreensão se transforma em uma blindagem contra as opiniões arbitrárias (STRECK, 2011, p. 288).

O corolário desse entendimento é a não aplicação do método subsuntivo, tão arraigado à nossa cultura jurídica positivista, pois como o processo unitário da compreensão não trabalha com conceitos alheios ao caso dado, uma vez que sem facticidade não se tem a norma, a simples hipótese do processo silogístico-subsuntivo não garante uma aplicação.

Diante disso, também não há como se acatar a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, uma vez que o sentido da norma se dá no caso concreto, sendo logicamente impossível que a norma seja prefixada na fundamentação, o que daria ensejo a um círculo vicioso, em que o fundamento da aplicação seria a aplicação do fundamento (STRECK, 2011, p. 127).

Para Lenio Streck seria paradoxal a cisão desse processo, pois se aplicar significa empregar o que já está feito, mas se não podemos

eliminar a pré-compreensão, então como seria possível aplicar o que foi justificado anteriormente ao próprio ato de aplicar, ou seja, como é possível fundamentar sem que se tenham as condições que possibilitam a fundamentação, quando seria exatamente a aplicação quem gera a fundamentação? Admitir isso eliminaria o círculo hermenêutico, que se sustenta exatamente na pré-compreensão, antecipação de sentido (STRECK, 2011, p. 132).

Como se percebe, enquanto para a hermenêutica filosófica o mundo prático conduz a uma compreensão fenomenológica, alcançando uma verdade conteudística, para a teoria do discurso, arvorada em um mundo vivido, a verdade é meramente procedimental, divergindo paradigmaticamente daquilo que aqui é defendido (STRECK, 2011, p. 114).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a aplicação de todo esse instrumental teórico à hermenêutica jurídica busca-se questionar a tradição positivista, conduzindo o jurista a repensar o próprio direito, com isso, desocultando de seu horizonte a pré-compreensão reducionista do direito àquilo que apenas está normatizado, o que culminou por torná-lo, sob a roupagem legal-formalista, instrumento dos interesses do Estado.

A instrumentalização dos métodos interpretativos pela dogmática jurídica oculta o compromisso ideológico com os deslindes direcionados pela prática judicial, sob a aparência de uma reflexão científica que busca legitimar a pretensa neutralidade dos juristas e, consequentemente, a verdade por eles apresentadas (STRECK, 2009, p. 107-108).

Como corolário do positivismo, assentado no arcabouço epistemológico iluminista, culminou por chegar àquilo que ele inicialmente visava combater[4], o juízos arbitrários conferidos aos textos legais, por trás dos quais restam ocultas as particularidades do caso concreto, tendo em vista os acobertamentos dogmaticamente abstratos.

Se antes as incertezas na aplicação do direito eram decorrentes da arbitrariedade monárquica, o iluminismo não as corrigiu, tendo apenas alterado os atores, uma vez que com a distância das particularidades da causa, limitando o direito à normatividade positivada, em um mundo moderno extremamente complexo, as incertezas agora estão no arbítrio

dos aplicadores do direito, em decorrência das múltiplas possibilidades de respostas para casos semelhantes, simplesmente de acordo com a consciência do julgador, ou seja, os desdobramentos do iluminismo acabaram por gerar exatamente a incerteza e o arbítrio que pretendiam superar.

Diante desse cenário, impõe-se uma reflexão acerca da essência do direito e, como consequência, da própria hermenêutica jurídica, submetendo-a a uma *filtragem* filosófica, capaz de desocultar o horizonte necessário à reconstrução de um paradigma crítico da hermenêutica jurídica.

Defende-se, assim, que somente com o auxílio da hermenêutica filosófica, ao aplicador do direito será possível alcançar a resposta jurídica adequada, evitando arbitrariedades interpretativas e rompendo com a instrumentalização do direito para a manutenção das relações sociais, pautado pela racionalidade cartesiana.

Nesse sentido, a contribuição das correntes críticas do direito[5] possibilitaram o surgimento de um modelo que direciona sua crítica à ingênua concepção de uma epistemologia que ignora a pré-compreensão que constitui o ser. Com essa crítica, essas teorias desocultam a racionalidade iluminista consistente na concepção do direito como mero instrumento que tangencia o conhecimento reflexivo (STRECK, 2009, p. 192).

Daí a importância da hermenêutica filosófica para a interpretação jurídica, ao propor a compreensão como processo consciente que rompe com a dominação por meio do discurso jurídico, na medida em que não se busca mais o correto sentido das palavras da lei, mas sim compreender uma situação hermenêutica, a partir de uma situação concreta inserta em uma dada realidade social (LIXA, 2000, p. 194-196).

Uma das consequências do fracasso do modelo de regras é o avultamento do espaço da jurisdição constitucional, mormente a partir da institucionalização da moral no direito, motivo pela qual ganha relevo a discussão acerca do direito e da democracia, ante a necessidade de controlar a aplicação do direito pelo julgador, com o que o processo da compreensão hermenêutico-filosófico contribui, apresentando-se como um novo paradigma de leitura hermenêutica do problema (STRECK, 2009, p. 338-339).

Assim, com a descrença no processo subsuntivo positivista,

diante das arbitrariedades quando da resolução dos chamados casos difíceis, o desafio da hermenêutica jurídica está em conciliar a fluidez principiológica do constitucionalismo com os postulados do Estado Democrático de Direito, mormente sob o viés da tensão entre os Poderes.

Dessa forma, quando do processo interpretativo, a hermenêutica filosófica traz sua contribuição também para a legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que o movimento circular da compreensão envolve o intérprete, a norma e o mundo que o circunda, processo descrito pela noção do círculo hermenêutico gadameriano.

Em suma, no presente trabalho buscou-se partir da hermenêutica filosófica para explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo aplicador do direito, uma vez que a ilusão da neutralidade e objetividade cientificista, que gerou o positivismo, culminou por esbarrar nos entraves sociais não solucionados pela aplicação metodizada da letra da lei, dando causa à chamada crise do direito, a demandar a construção de um novo referencial teórico.

Não mais se concebe a hermenêutica jurídica como mera dogmática destinada a uma reprodução formal e racionalista da norma, uma vez que a influência da filosofia hermenêutica enseja uma atividade criativa do intérprete, sobretudo sob o viés da tradição humanística, transcendendo o discurso meramente dogmático. Daí a contribuição de Gadamer para a emancipação do pensamento jurídico.

Registre-se, no entanto, que a hermenêutica filosófica não pretende construir uma epistemologia da interpretação, pelo contrário, ela busca exatamente demostrar que uma teoria do conhecimento não é essencial e nem suficiente para se chegar à compreensão. Além disso, não se pretende lançar a hermenêutica jurídica no campo da mera subjetividade e arbitrariedade, para tanto a proposta de Gadamer prevê o diálogo, o questionamento na lógica da pergunta e resposta, a fusão de horizontes, a confrontação crítica a partir do desvelamento de um novo sentido até então oculto, enfim, o operar do círculo hermenêutico como fator de legitimação da nova hermenêutica jurídica.

Importante não esquecer, também, para que não se dê margem a críticas infundadas, que Gadamer não se opõe inexoravelmente ao método, opõe-se à pretensão de exclusividade do método como meio de alcançar a verdade. Por falar em críticas, aquelas opostas às ideias de Gadamer surgem da compreensão equivocada de suas propostas, talvez

a verdade sobre sua teoria seja alcançada exatamente se aplicados seus preceitos na compreensão dela mesma, não tomando como incondicional e inflexível suas próprias ideias.

Logicamente que o referencial teórico aqui seguido não está imune a críticas, ainda mais quando se cuida de *apostas hermenêuticas* em tempos de racionalismo cientificista. Da mesma forma, as diversas teorias do direito na atualidade, inclusive aquelas aqui defendidas, não podem ser consideradas infalíveis. O que se pretendeu desenvolver foi uma proposta sob um paradigma diverso daquele que atualmente prevalece, o qual se nos apresenta com substância suficiente para forjar um nova discussão sob esse prisma, apto a contribuir para a reflexão e superação das insuficiências acerca daquilo que atualmente ainda impera.

CONTRIBUTIONS OF PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS TO THE CRITICAL AND LEGITIMATE APPLICATION OF THE LAW

ABSTRACT: This article presents a new paradigm for legal hermeneutics, divorced from positivism and, consequently, from legal dogmatics. To do so, it outlines the doctrinal framework that preceded the construction of the theoretical framework used here, the philosophical hermeneutics of Gadamer, whose keynote consists in opposition to the method as the only means to reach the truth. When he enters into his own analysis, he seeks to work with the most important concepts, such as tradition, authority, pre-comprehension and the fusion of horizons, in order to sediment the way to understand what he describes as a hermeneutical circle , A key concept for the definition of the proposal developed here. As for this, it also seeks to make an analysis of the proposals of some thinkers who preceded the Gadamerian concept. Outlining the substance of philosophical hermeneutics, one starts with the analysis of its operation in juridical hermeneutics, imparting a critical reflection on the understanding in the scope of the application of the law and, as a corollary, contributing to the overcoming of the positivist paradigm and its aporias. Thus, it seeks to make explicit the contribution of Gadamer to the juridical thought, starting from its philosophical hermeneutics to explain, to base and to legitimize the way trodden by the operator of the right.

KEYWORDS: Philosophical hermeneutics. Hermeneutical circle. Legal interpretation.

Notas

1 A fenomenologia pode ser entendida como o modo próprio que cada ente tem de se revelar ao investigador, devendo as constatações filosóficas serem feitas a partir dessa autorrevelação. A partir desse conceito, a fenomenologia se transformou em uma teoria "guarda-chuva", sob a qual inúmeras fenomenologias regionais se estruturaram, dentre elas a filosofia hermenêutica de Freiburg. LUZ, Vladimir de Carvalho. *A verdade dos jurista*: senso comum teórico e pré-compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, p. 171. Edmund Husserl é considerado o pai da fenomenologia, movimento opositor ao psicologismo, que entende que o conteúdo de nossas afirmações provém da nossa própria estrutura psicológica. Para Husserl, o fenômeno é o que é presente à consciência de forma pura, e a fenomenologia é o método pelo qual se faz a leitura desse fenômeno, isto é, atingimos a essência do fenômeno. STEFANI, Jaqueline. *A constituição do sujeito em Paul Ricoeur*: uma proposta ética e hermenêutica. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de de Pós-Graduação Filosofia, 2006. Orientação: Prof. Dr. Luiz Rohden, p. 24.

2 Gadamer destaca que o conceito e o fenômeno de horizonte de Husserl não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar. *In*: *Verdade e Método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meure. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 330.

3 A filosofia pós-moderna surge como consequência da exacerbação do modernismo decorrente do iluminismo, opondo-se à fundamentação da filosofia em um princípio universal, diante da profunda desconfiança da cultura contemporânea em relação a ideias totalizantes, a exemplo da razão e do progresso científico como instrumentos da emancipação do homem. Além de Gadamer, recebe também a influência das ideias de Nietzsche, Wittgenstein e Heidegger.

4 Na primeira metade do século XVII foram erigidos os pilares do Estado constitucional na Inglaterra. Enquanto o absolutismo avançava na Europa continental, foram rechaçadas, na experiência inglesa, as pretensões absolutistas, refreadas com o despertar da consciência jurídica e da compreensão teórica das condições constitucionais da liberdade. Com isso, houve a juridicização do fator político do liberalismo, encaminhando-se no sentido de configuração do poder político dentro de limites específicos que garantissem a liberdade, de acordo com a linha do pensamento jusnaturalista e do constitucionalismo escrito, mediante instrumentos jurídico-formais que sublinhassem o significado das classes médias e das minorias instruídas. O objetivo dessa juridicização do poder político visava predominantemente estabelecer as seguintes vertentes negativas: limitar o poder monárquico, despersonalizar e objetivar o direito, assegurar o poder político às minorias cultas, vinculadas à burguesia, através do sistema representativo manifestado no voto censitário.

5 Essa designação abriga um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Enfatiza, portanto, o caráter ideológico do direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder, preconizando a atuação concreta do operador jurídico. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. *Dilthey*: um conceito de vida e uma pedagogia. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.
AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011.
BETTI, Emílio**.** *Interpretação da lei e dos atos jurídicos.* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea.* Tradução Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.
COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*: o romantismo. São Paulo: Rideel, 2012.
GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica.* 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
_____**.** *Verdade e Método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meure. Petrópolis: Vozes, 1999.
GRONDIN, Jean (org.). *O pensamento de Gadamer*. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012.
_____. *Introdução à Hermenêutica Filosófica.* Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.
HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*: para uma crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
HEIDEGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
LIXA, Ivone F. Morcilo. *A possibilidade de revisão da hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.* Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2000. Orientação: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer.
LUZ, Vladimir de Carvalho. *A verdade dos jurista*: senso comum

teórico e pré-compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.
KESKE, Henrique Alexander Grassi. *O círculo hermenêutico enquanto ruptura e continuidade do dizer filosófico.* Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013. Orientação: Prof. Dr. Luiz Rohden.
ORTEGA Y GASSET, Jose. *Kant. Hegel. Dilthey.* Madri: Revista de Occidente. 1958.
PECORARO, Rossano (org.). *Os filósofos*: clássicos da filosofia. Vol. III. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
PEGORARO, Evandro. *Que é compreender? Estudos a partir de Hans-Georg Gadamer.* Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2010. Orientação: Prof. Dr. Nythamar Fernandes de Oliveira Júnior.
RICOUER, Paul. *Interpretação e ideologias.* Organização, tradução e apresentação Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
RUBENICH, Alexandre. *A verdade em sua compreensão*: um estudo sobre a gênese do § 44 de Ser e Tempo. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de de Pós-Graduação Filosofia, 2009. Orientação: Prof. Dr. Mário Fleig.
SÁ, Waltenberg Lima de. *Fundamentos filosóficos para uma crítica e legítima aplicação do direito*: o operar do círculo hermenêutico na compreensão jurídica. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Sergipe, Programa de de Pós-Graduação em Direito, 2014. Orientação: Prof. Dra. Constança T. M. César.
SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica* – Arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. Petrópolis, RJ: Vozes.
SCHÜLER Arnaldo. *Dicionário Enciclopédico de Teologia.* São Leopoldo: ULBRA, 2002.
SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira da. *Estética e hermenêutica*: a arte como declaração de verdade em Gadamer. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia. São Paulo, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
_____. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
TEIXEIRA, António Braz. *Breve tratado da razão jurídica.* Portugal: Zéfiro, 2012.
WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

Nascido no dia 25 de fevereiro de 1951, em Aracaju-SE, Wellington sempre assinou suas obras com um único nome, diferenciando-se dos pintores homônimos que atuam no campo das artes visuais em Sergipe. Autodidata, começou a pintar ainda na infância e chegou a dar aulas de pintura em seu ateliê, por um tempo. Conseguiu adquirir bens com sua arte. Foi dono de padaria, depois teve um ponto de táxi, mas nunca teve outra profissão senão a de artista, e, como tal, faleceu no dia 29 de novembro de 2009, em Aracaju-SE.

Pintor de grande produtividade, em Sergipe, há obras suas em residências, repartições públicas, escritórios e consultórios como também em outros Estados, a exemplo da Bahia, Rio de Janeiro e São Paulo. Wellington pintava para sobreviver e para exteriorizar o grande talento de que era possuidor. Seus quadros, sobretudo os "alagados", sempre recorrentes em sua iconografia, são desejados por colecionadores e admiradores de arte. Atualmente são adquiridos por valores jamais imaginados pelo artista.

Wellington pintou de tudo, usava tons fortes e vibrantes, tinha predileção pela cor vermelha, que aparece em seus alagados como uma explosão de sentimentos e demonstração inequívoca de suas inquietudes e de suas angústias. Na fase "feiras livres", observa-se um artista mais contemplativo e poético, lembranças do "menino" que frequentava as feiras e se encantava com o colorido dos mercados. Em 1982, participou de uma exposição com Anselmo Rodrigues e José Fernandes, na Galeria Álvaro Santos, em Aracaju. Em 1986, participou da exposição coletiva de inauguração da Galeria de Arte Florival Santos, no Centro de Cultura e Arte – CULTART, em Aracaju.

Possuidor de um estilo próprio, Wellington se destacou, outrossim, pintando lavadeiras, cenas do cotidiano, paisagens marinhas com barcos abandonados, animais e retratos. Segundo o artista plástico Ismael Pereira, "há uma tendência nas telas de Wellington para o estilo neocubista, mesmo nos seus alagadiços, nas paisagens urbanas e rurais, podemos visualizar essa influência".

por **Mário Britto**
Procurador do Estado de Sergipe