

V. 20 • N. 78 • Janeiro/Abril • 2017

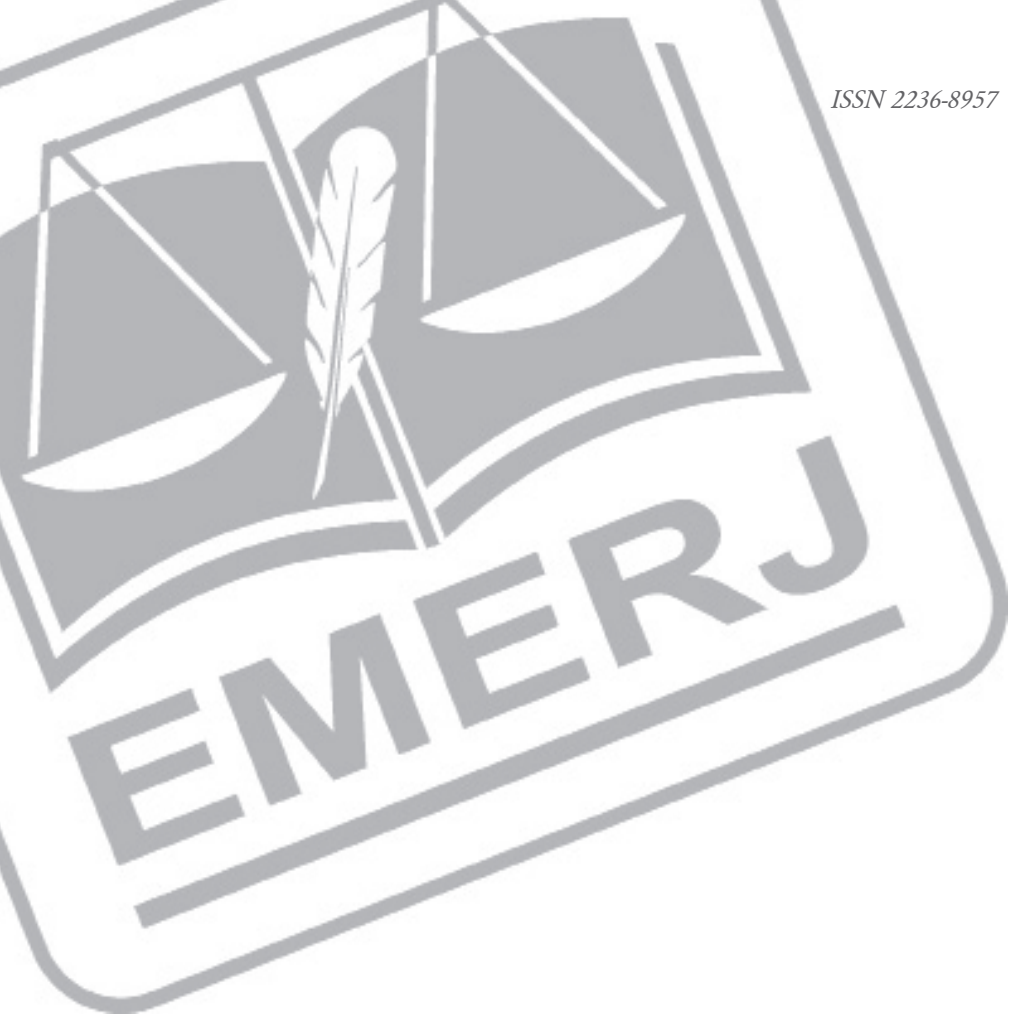
ISSN 2236-8957

REVISTA DA  
**EMERJ**

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Janeiro/Abril*  
*V. 20 - n. 78 - Ano 2017*

*Rio de Janeiro*

© 2017 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Coordenação:** Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto.

**Conselho Editorial:** Min. Luiz Fux, Min. Luis Felipe Salomão, Min. Marco Aurélio Bellizze, Min. Antonio Saldanha Palheiro, Des. Federal Abel Fernandes Gomes, Des. Sergio Cavalieri Filho, Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Des. Nagib Slaibi Filho, Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Portaria nº 27/2017

**Magistrados Auxiliares da Coordenação:** Juiz Luiz Roberto Ayoub, Juiz Álvaro Henrique Teixeira de Almeida; Juiz Carlos Gustavo Vianna Direito; Juíza Adriana Ramos de Mello; Juíza Daniela Bandeira de Freitas; Juíza Raquel Santos Pereira Chrispino, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juiz Ricardo Lafayette Campos; Juiz Antônio Abi Ramia Duarte.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090  
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **▮ PRESIDENTE**

Desembargador Milton Fernandes de Souza

### **▮ CORREGEDOR-GERAL**

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

### **▮ 1ª VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

### **▮ 2ª VICE-PRESIDENTE**

Desembargador Celso Ferreira Filho

### **▮ 3ª VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **▮ DIRETOR-GERAL**

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

### **▮ CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargador Mauro Dickstein

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES:** Elina Bussade dos Santos.

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Marcella Augusta Costa da Costa.

**Produção Gráfico-Editorial:** Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ.

**Responsável:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Editor:** EMERJ.

**Programação Visual:** Rafaelle Rego Neves

**Fotografia:** Marcelo Melim

**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

# Sumário

---

- 7 | Apresentação**  
*Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo*
- 9 | A (In) Constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo de Direito Comparado**  
*Adriane Rampazzo*
- 39 | A Desjudicialização Enquanto Ferramenta de Acesso à Justiça no CPC/2015: A Nova Figura da Usucapião por Escritura Pública**  
*Humberto Dalla Bernardina de Pinho*  
*José Roberto Sotero de Mello Porto*
- 72 | A Improbidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade: Aspectos Polêmicos**  
*Antonio Pedro Pellegrino*
- 90 | A Prova Testemunhal sob a Ótica da Imediação Processual Penal**  
*Décio Alonso Gomes*
- 107 | A Responsabilidade Civil na Internet: Uma Análise da Lei 12.965/2014**  
*Walter Aranha Capanema*
- 124 | Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015**  
*Luciano Vianna Araújo*
- 158 | Astreintes no Novo CPC – Perspectivas e Controvérsias**  
*Alexandre Flexa*  
*Bernardo Annes Dias*

- 168 | Considerações sobre as Relações do Estado e do Direito na Economia**  
*Alexandre Santos de Aragão*
- 188 | Contrato de Prestação de Serviços Médicos**  
*Gracia Cristina Moreira do Rosário*
- 214 | Desperdício Tecnológico no Brasil: O Paradoxo Entre o Uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital**  
*Allen dos Santos Pinto da Silva Filho*
- 227 | O Direito Social ao Desporto no Brasil e a Política Nacional do Esporte, Fechando o Ciclo de uma Década com as Olimpíadas de Verão 2016**  
*Iata Oliver*
- 253 | O Poder de Investigação do Ministério Público**  
*Pablo Resende Pinto*
- 272 | Responsabilidade Civil Sem Dano-Prejuízo?**  
*Pastora do Socorro Teixeira Leal*  
*Alexandre Pereira Bonna*
- 286 | Separação de Poderes: Da Concepção Clássica à Noção Contemporânea**  
*Fabiano Gonçalves Carlos*
- 318 | Sigilo Profissional, uma Visão Hodierna dos Problemas Enfrentados e o Apelo das Redes Sociais**  
*André Luis Nigre*

# Apresentação

---

É com grande satisfação que apresento a REVISTA DA EMERJ de número 78, primeira publicação da minha gestão como Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, eleito para o biênio 2017/2018.

Assumi a direção-geral em fevereiro passado, após sufrágio do Colendo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sucedendo ao amigo desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, que empreendeu dinâmica administração.

A tarefa de sucedê-lo não é fácil, porque me impõe um enorme desafio. Por outro lado, não me traz desânimo, mas, ao contrário, traz o dever de trabalhar muito para produzir resultados, ao menos iguais àqueles logrados por S.Exa.

Ao assumir o comando da Escola tive em mente um processo de renovação, que busco dia após dia efetivá-lo. Nesta linha, no que toca à Revista, conquanto muito bem conduzida no passado, entendi que era a hora de conferir oportunidade a outros.

Assim, convidei o desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto para exercer a função de Coordenador, que prontamente aceitou o desafio, trazendo para auxiliá-lo os juízes Juiz Luiz Roberto Ayoub, Álvaro Henrique Teixeira de Almeida; Carlos Gustavo Vianna Direito; Adriana Ramos de Mello; Daniela Bandeira de Freitas; Raquel Santos Pereira Chrispino, Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Ricardo Lafayette Campos; Antônio Abi Ramia Duarte, todos, no meu sentir, altamente qualificados para o mister.

O Conselho Editorial também foi alterado. Além do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, trouxe para compô-lo os Ministros Luis Felipe Salomão, Marco Aurélio Bellizze e Antonio Saldanha Palheiro, todos do Superior Tribunal de Justiça. Ainda convidei para continuarem os ex-Diretores-Gerais da EMERJ, desembargadores Sergio Cavalieri Filho e Caetano Ernesto da Fonseca Costa. Por fim, convidei, ainda, os professores desembargadores Nagib Slaibi Filho,



Jessé Torres Pereira Júnior e Abel Fernandes Gomes, magistrados de escol, cujos nomes honram a Escola.

Paralelamente, atribuí o apoio técnico e logístico ao Centro de Pesquisa da EMERJ - CEPES, altamente qualificado. Recomendei que transformassem a Revista no mais prestigioso repositório de produção científica e acadêmica da Escola.

E não poderia ser diferente!

Já se vão quase 20 anos desde a primeira edição da Revista. No início, apenas impressa e, hoje, acompanhando os tempos atuais, impressa e eletrônica. Sempre contendo artigos que refletem o que de atual há na linha de pesquisa sobre o assunto que cada articulista se propõe escrever. Aberta a todas as ideologias na linha do debate científico e jurídico. É assim que se deseja. Uma revista jurídica de alta qualificação técnico-científica, que se norteie pela liberdade de posicionamento e atualidade.

A Revista que tenho a honra de apresentar está nestes moldes. É a primeira sob esta orientação. Temas dos mais variados assuntos jurídicos estão sendo apresentados aos leitores para desfrute e conhecimento. Tenho certeza de que todos irão se satisfazer de uma boa leitura e tirarão efetivo proveito dos temas que lhes são mais afetos.

Parabenizo a equipe pela excelência da Revista que a EMERJ tem a satisfação de entregar aos leitores, professores, alunos e operadores do direito para deleite e conhecimento.

**Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo**

Diretor-Geral da EMERJ

# A (In) Constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo de Direito Comparado

## *The (Un) Constitutionality of the Voluntary Termination of Pregnancy in Brazil: A Comparative Law Study*

**Adriane Rampazzo**

*Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Membro da Subcomissão da Verdade da Escravidão Negra no Rio Grande do Sul instaurada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção RS. Bolsista do Gabinete de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

**RESUMO:** Este trabalho discute a (in)constitucionalidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil no que diz respeito à proteção jurídica da vida humana, ao direito à saúde, principalmente em relação à saúde psíquica, e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Para tanto, busca suporte no Direito comparado para verificar o modo como Estados Unidos, França e Portugal lidaram, ou ainda lidam, com esse tema. Ademais, uma vez que no Brasil, a proibição da interrupção voluntária da gravidez não impede sua prática, levando mais de 1 milhão de mulheres, todos os anos, a fazê-lo clandestinamente, entendemos que uma interpretação da Constituição no sentido da descriminalização pode reduzir o descompasso entre a norma legal vigente e as práticas sociais, conferir status de direitos humanos ao direito da mulher de decidir sobre seu próprio corpo, além de contribuir para a construção de uma realidade social e um direito mais dignos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brasil; descriminalização; aborto; constitucionalidade; direito à saúde; autonomia da mulher.

**KEY-WORDS:** Brazil, decriminalisation, abortion, constitutionality, right to health, woman's autonomy.

**ABSTRACT:** This paper discusses the (un) constitutionality of the decriminalization of the voluntary termination of pregnancy in Brazil concerning the legal protection of human life, the right to health, especially psychological health, and women's sexual and reproductive rights. To do so, it seeks support in comparative law to verify how the United States, France and Portugal have dealt, or still deal, with this issue. In addition, since in Brazil the prohibition of voluntary termination of pregnancy does not prevent its practice, leading more than 1 million women, every year, to clandestine abortion, we believe that an interpretation of the Constitution in the sense of decriminalization may reduce the discrepancy between current legal norms and social practices, granting human rights status to woman's right to decide on her own body, as well as contribute to the construction of a more dignified social reality and law.

**SUMÁRIO:** Introdução - 1. A interrupção voluntária da gravidez no Brasil: comportamento social diante da atual criminalização; 1.1. Breves comentários sobre o desenvolvimento legislativo do tema; 2. Análise do debate constitucional da interrupção voluntária da gravidez no Brasil e no Direito Comparado; 2.1 Proteção jurídica da vida humana intrauterina; 2.2. O direito à saúde; 2.3. O direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo. Considerações finais. Referências bibliográficas

**SUMMARY:** Introduction - 1. The voluntary termination of pregnancy in Brazil: social behaviour considering the current criminalization law; 1.1. Brief comments on the legislative development of the topic; 2. Analysis of the constitutional debate on the voluntary termination of pregnancy in Brazil and in Comparative Law; 2.1 Legal protection of intrauterine human life; 2.2. The right to health; 2.3. A woman's right to have control over her own body. Final considerations. Bibliographical references

## INTRODUÇÃO

Ao redor do globo, as discussões relacionadas com o tratamento jurídico que deve ser conferido à interrupção voluntária da gravidez<sup>1</sup> são marcadas

<sup>1</sup> Neste estudo, a utilização do termo interrupção voluntária da gravidez ou da sigla IVG guia-se pela escolha semântica

por profundas, e até passionais, divergências que, longe de se limitarem aos argumentos jurídicos, morais e/ou de saúde pública, envolvem, principalmente, questões religiosas. No Brasil, não é diferente. Tendo o Código Penal criminalizado o aborto nos seus arts. 124 a 128, desde 1940 o debate legislativo do tema pouco evoluiu, concentrando-se na ampliação da criminalização, sendo que as raras propostas de redução das restrições a interrupção da gravidez apresentadas até hoje, não encontraram eco no Parlamento brasileiro.

Ainda que a interrupção da gravidez só seja legalmente permitida quando a gravidez significar risco para a vida da gestante, resultar de estupro ou nos casos de gravidez de feto anencéfalo, não é o que se observa na prática. Esse estudo parte da constatação empírica de que a criminalização do aborto obriga centenas de milhares de mulheres, sobretudo as mais humildes, a recorrer a procedimentos clandestinos e perigosos realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene<sup>2</sup>.

O aborto é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores problemas políticos criminais da atualidade: segundo as estimativas mais comedidas, ascende a 1 milhão o número de abortos clandestinos realizados todos os anos no Brasil. As sequelas decorrentes destes procedimentos representam, hoje, a 5ª maior<sup>3</sup> causa de mortalidade materna no país, ceifando, todo ano, centenas de vidas de mulheres jovens, que poderiam e deveriam ser poupadas.

Ainda que a criminalização da interrupção da gravidez pretenda tutelar a vida uterina, o número de processos instaurados e de condenções proferidas pela prática do crime é ínfimo, evidenciando que a lei penal parece ter sido subvertida e que a discussão desse tema converteu-se num espaço de mero debate ético. Fará sentido, ainda assim, manter a incriminação do aborto<sup>4</sup>? É legítimo restringir o direito de a mulher dispor do próprio corpo punindo o aborto? E, mais do que legítimo, será mesmo obrigatório punir (pelo menos em alguns ou, até, em todos os casos) tal crime para tutelar a vida pré-natal?

A resposta a estas questões envolve, forçosamente, a consulta da Constituição para verificar se há colisão ou, ainda, se há conflito aparente entre

---

realizada pela legislação portuguesa e também pelo afã de diferenciar o ato de interromper voluntariamente a gravidez do fato previsto nos arts. 124 a 128 do CPB.

2 Cf REDE Feminista de Saúde. **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. p.23

3 Cf. relatório elaborado pelo governo brasileiro para o evento “Pequim + 20”, que aconteceu na 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York, em março de 2015, p. 27. Disponível em <<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/#>>. Acesso em 26 abr. 2016

4 Cf. PEREIRA, Rui. **O Crime de Aborto e a Reforma Penal**. A.A.FDI, 1995, p.79.

direitos fundamentais e analisar a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil a partir dos preceitos que garantem a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde, a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Além disso, buscaremos suporte no Direito Comparado, analisando como evoluiu o debate jurisdicional nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e em Portugal e como essas nações lidaram, ou ainda lidam, com essa questão tão importante quanto polêmica.

Assim, este estudo pretende através da ponderação de valores constitucionais, aferir a (in)constitucionalidade da criminalização do aborto nos casos em que haja risco comprovado à saúde física ou psíquica da gestante. Desde já, parece-nos que a resposta para essa questão reside na consideração do sofrimento materno envolvido na continuação da gravidez e na criação de uma criança “pesadamente onerosa na sua saúde e/ou no seu corpo”<sup>5</sup> e no reconhecimento de que a sociedade não tem meios de resolver ou compensar a mulher grávida das dificuldades psicológicas e sociais por que teria de passar. Neste contexto, a revisão da legislação sobre aborto, elaborada em 1940 sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, torna-se um verdadeiro imperativo constitucional.

## 1. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL: COMPORTAMENTO SOCIAL DIANTE DA ATUAL CRIMINALIZAÇÃO

A primeira interpretação do conjunto normativo penal em foco é a de que é crime antecipar a gravidez do feto, de modo a inviabilizar a formação do respectivo ciclo biológico. Noutros termos, para a criminalização do aborto é suficiente a conduta provocada ou consentida, com intuito de impedir que um feto venha a concluir todo o ciclo da sua formação. Desde 1940, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas hipóteses de interrupção da gravidez permitidas pela legislação<sup>6</sup>: o aborto necessário ou terapêutico e o aborto sentimental, humanitário ou ético.

5 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Comentário ao § 37 do artigo 142º do Código Penal, in **Comentário Conimbricense do Código Penal**, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

6 Cf. CPB, art. 128, incisos I e II.

O aborto necessário ou terapêutico é justificável pelo estado de necessidade<sup>7</sup>, em face de diagnósticos médicos que atestem inviabilidade da vida da gestante sem a interrupção da gravidez. Na escolha entre os dois bens jurídicos, a vida da gestante ou a do feto, opta-se pela certeza da vida adulta, afastando-se o que ainda é uma possibilidade, sobrevalorizando-se a vida da gestante em detrimento da do feto. Neste caso, o Código Penal não considera o ilícito do procedimento adotado, mesmo sem o consentimento da gestante, “se justificada por iminente perigo de vida” (art. 146, § 3º CPB). A segunda excludente de ilicitude relativa ao aborto é aquela em que a gravidez é resultante de estupro, chamado de aborto sentimental, humanitário ou ético. Neste caso, ainda que o feto seja perfeitamente viável, dada a violência psíquica da ocorrência e a provável complexidade da relação entre mãe e filho resultante do estupro, a legislação penal desde 1940, tutela a saúde psíquica da mulher, deixando à sua escolha a continuidade ou não da gravidez. Com efeito, é possível aferir um norte interpretativo a partir das opções do legislador, que transitaram entre o estado de necessidade, na primeira hipótese, e a inexigibilidade de conduta diversa, nesta última, sobre o que trataremos, com mais vagar, nas próximas páginas.

Em 2012, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 pelo Supremo Tribunal Federal, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo foi descriminalizada. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Prevalceu a tese de que, nestes casos, não haveria vida a ser protegida, que a anencefalia é uma condição incompatível com a vida e que a obrigação de levar a termo uma gravidez em que, ao final, haveria um caixão e não um berço seria uma afronta à dignidade da mulher e uma forma de submetê-la à tortura<sup>8</sup>.

Todavia, ainda que, no Brasil, o aborto só seja legalmente permitido nesses três casos, não é o que se observa na prática. Um dos pontos de partida deste estudo é a constatação empírica de que a criminalização do aborto obriga, segundo as estimativas mais comedidas, aproximadamente 1 milhão

---

7 Cf. Zaffaroni e Pierangeli, “o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor lesão a um bem jurídico que corria perigo de sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos precisos (...) o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. Vol. 1. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

8 Cf. STF ADPF 54 DF, Relator: Min. AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 12/04/2012. Voto Min Relator: Marco Aurélio, p. 54. Disponível em <www.stfjus.br>. Acesso 24 fev 2016

de mulheres oriundas, sobretudo, dos estratos sociais mais baixos, a recorrer a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene<sup>9</sup>, e, ainda que o número de processos instaurados e de condenções proferidas pela prática do crime seja ínfimo, a interpretação da norma penal brasileira conduz a gestante que hoje opta pela interrupção da gestação à condição de autora de crime, servindo muito mais à estigmatização, do que a salvar vida de fetos.

O distanciamento entre a legislação brasileira em vigor e as práticas sociais é um fenômeno identificado por diversas pesquisas realizadas no país e relatado por profissionais da área que, diariamente, atendem mulheres que procuram o sistema público de saúde por complicações relacionadas ao aborto. O descompasso entre lei e prática cria um problema objetivo de saúde no Brasil: o aborto é realizado com grande frequência, mas sob condições de risco, e o tratamento das complicações é protelado ao máximo, por receio da punição. O atendimento tardio é menos eficaz, mais caro e menos capaz de evitar sequelas do que ocorreria caso o medo da punição não fosse uma barreira para a busca de assistência. Na prática, efetivamente, o que a legislação atual faz é dificultar o funcionamento das políticas de saúde no Brasil<sup>10</sup>.

Das pesquisas realizadas até hoje e dos relatos coletados, depreende-se que o aborto é uma prática comum entre as mulheres, cujos saberes são compartilhados e mantidos como uma cultura reprodutiva feminina e sigilosa. Indiferentemente à lei penal, pelos mais variados motivos, as mulheres abortam: porque são muito pobres e não têm condições de arcar com uma gravidez; porque precisam trabalhar, e o mercado de trabalho rejeita mulheres grávidas<sup>11</sup>; porque sofrem violência doméstica e não querem expor mais um filho à violência e/ou porque a gravidez as manteria presas a um relacionamento abusivo<sup>12</sup>; devido à cobertura insuficiente de medidas anti-

---

9 Cf REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. p.23

10 Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. “Os autores respondem”, **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, p. 1687-1688, jul. 2012. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000700006>>. Acesso em 20 abr. 2016.

11 Nesse sentido, “o maior desafio do feminismo e dos estudos de gênero parece ser o de retomar a luta em duas frentes: o da igualdade entre os sexos no mercado de trabalho e a da proteção à trabalhadora na reprodução”. Cf. BRUSCHINI, Cristina. Trabalho feminino: trajetória de um tema, perspectiva para o futuro. **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1994, (pp. 17-32), p. 29.

12 Estudos recentes mostram que mulheres que procuram por aborto têm sete vezes mais chances de ter experimentado violência doméstica. Cf. ROBERTS et al.: Risk of violence from the man involved in the pregnancy after receiving or being denied an abortion. **BMC Medicine**. 2014. 12:144. Disponível em <<http://bmcmedicine.biomedcentral.com/arti>

concepcionais<sup>13</sup> – seja pela falta de acesso a anticoncepcionais, pela falta de conhecimento para o uso correto e/ou pela, não rara, falha de métodos contraceptivos corretamente utilizados; e, por fim, simplesmente porque não querem levar a gravidez adiante.

Atualmente, o aborto inseguro<sup>14</sup> ou clandestino é um problema da “mulher comum brasileira”. Segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA)<sup>15</sup>, publicada em 2010, e cujas conclusões, tidas como referência pela Organização Mundial da Saúde (OMS), se mantêm inalteradas, uma a cada cinco mulheres com mais de 40 anos já fez, pelo menos, um aborto na vida<sup>16</sup>. Dito de outra forma: 20% das brasileiras em idade de gestação admitem ter abortado em algum momento do auge de sua vida fértil. Os níveis de internação pós-aborto são elevados e colocam o aborto como um problema de saúde pública no Brasil. Cerca de metade das mulheres que fizeram aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao aborto, o que corresponde a 8% das mulheres entrevistadas.

Em 2013, pela primeira vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizou uma **estimativa de que** o número de abortos realizados no Brasil pode ultrapassar um milhão de mulheres. De acordo com a pesquisa, mais de **8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto** na vida. Destes, **1,1 milhão de abortos** foram provocados. Abortos estes que têm **cor e renda**: no Nordeste, uma das mais pobres regiões do Brasil, o percentual de mulheres sem instrução que fizeram aborto provocado (37% do total de abortos) é sete vezes maior que o de mulheres com ensino superior completo (5%); entre

---

cles/10.1186/s12916-014-0144-z>. Acesso em 20 abr. 2016.

13 Cf. pesquisas do ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, *Lancet*, 2012, (pp.625–632), p. 628. Disponível <[https://www.guttmacher.org/pubs/IB\\_AWW-Latin-America-SP.pdf](https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-SP.pdf)>. Acesso em 20 abr. 2016.

14 A Organização Mundial de Saúde define como aborto inseguro a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene.

15 A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) é um levantamento por amostragem aleatória estratificada de domicílios que abrangeu 2.002 mulheres alfabetizadas com idades entre 18 e 39 anos, em todo o Brasil urbano. Realizado em 2010, sob a coordenação da antropóloga e professora da Universidade de Brasília, Debora Diniz, o objetivo da PNA foi oferecer dados sobre aborto no Brasil, a fim de subsidiar ações de saúde pública para as mulheres em idade reprodutiva e fornecer informações necessárias para o desenho de novas sondagens do tipo e parâmetros para estimativas indiretas. Esta pesquisa conseguiu registrar o número de mulheres brasileiras que abortaram e apontou que o número de abortos realizados no país é superior ao contabilizado, não só porque uma mesma mulher pode abortar mais de uma vez, mas também porque as mulheres analfabetas e as áreas rurais do Brasil não foram cobertas pelo inquérito. Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>> Acesso em 20 abr. 2016.

16 Cf. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo, 2010. Idem p. 962.



as **mulheres negras**, o índice de aborto provocado (3,5% das mulheres) é o dobro daquele verificado entre as brancas (1,7% das mulheres)<sup>17</sup>.

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) realizou, em 2014, pouco mais de 1.600 abortos legais. Destes, cerca de 90% ocorreram em decorrência de gestação resultante de estupro, 5% por anencefalia do feto e 1% por risco de vida para a mulher. Este número, quando comparado ao número de procedimentos realizados pelo SUS relacionados, em sua maior parte, a complicações pós-aborto – que é de cerca de 190 mil por ano<sup>18</sup> –, evidencia uma diferença considerável e, para entendê-la é preciso ter claro que esses números são apenas uma ponta do iceberg: por um lado, dadas as dificuldades para realizar-se um aborto no Brasil, muitas mulheres que teriam direito a ele recorrem às clínicas clandestinas e, por outro, estudos realizados desde 1992 sobre estimativas de abortos revelam que o número de abortos induzidos é quatro ou cinco vezes maior do que o de interações<sup>19</sup>.

Entretanto, na vida de todos os dias, o aborto clandestino não é necessariamente inseguro. Ele pode ser feito em clínicas clandestinas, porém com todas as condições de higiene e por médicos treinados, quando a mulher tem dinheiro para pagar. Se uma mulher de classe média ou alta engravidar e, por diferentes motivos, essa gravidez for indesejada, ela vai a uma clínica particular, paga entre 5 e 15 mil reais e interrompe a gestação com segurança. Seus dilemas são pessoais e internos, já que a decisão de abortar costuma ser difícil, mesmo quando há convicção pessoal de que é impossível levar aquela gestação adiante, mas essa mulher não precisa temer ser presa e, muito menos, morrer por um aborto mal feito. Já para as mulheres pobres, abortar significa correr o risco de ser presa ou de morrer. Como uma clínica segura custa entre 6 e 17 salários mínimos, as brasileiras pobres só podem se arriscar a métodos muito inseguros e, mesmo assim, o fazem por acreditar que o risco é menor do que levar a gestação até o fim<sup>20</sup>.

Assim, diante deste panorama perverso, cabe-nos compreender o que legitima a criminalização se, ao longo da vida reprodutiva, um quinto das

---

17 Cf. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/pesquisas/pns/default.asp?o=23&i=P>>. Acesso em 25 abr. 2016.

18 Cf. Relatório elaborado pelo governo brasileiro para o evento “Pequim + 20”, Op. cit, 2015, p. 32.

19 Cf. MONTEIRO, Mario Francisco; GIANI; Adesse, Leila. Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005). p.47. Disponível em <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_252.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf)>. Acesso em 26 abr. 2016.

20 Cf. BRUM, Eliane. Sobre aborto, deficiência e limites, 2016. *Jornal El País*. Disponível em <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965\\_851244.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html)>. Acesso em 15 fev 2016.

mulheres brasileiras fez aborto, muitas com apoio de outras mulheres, companheiros ou familiares e discutir medidas que reduzam o descompasso entre a norma legal vigente e as práticas sociais.

### 1.1. Breves comentários sobre o desenvolvimento legislativo do tema

A análise do desenvolvimento legislativo sobre a questão do aborto nos revela que, atualmente, os debates sobre o tema se concentram na ampliação da criminalização do aborto, e as poucas propostas de redução das restrições ao aborto apresentadas até hoje não encontraram eco no Parlamento brasileiro.

Desde a redemocratização do país, completada com a promulgação da Constituição de 1988, foram discutidos projetos de lei que pretendiam eliminar do Código Penal a exceção feita aos casos de gravidez resultante de estupro (PL 5364/2005); criminalizar o aborto terapêutico através da revogação de todo o art. 128 do Código Penal (PL 7235/2002); tipificar e criminalizar o aborto como crime de tortura (PL 1035/1991 e PL 2423/1989); e tipificar como crime a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável (PL 5166/2005). Destes, somente o PL 5166/2005 segue em tramitação, tendo sido desarquivado em 11/02/2015, 3 anos depois do STF ter descriminalizado a interrupção de gravidez de feto anencefalo a partir do julgamento da ADPF 54<sup>21</sup>.

Neste mesmo período, a maioria dos projetos que propuseram a redução às restrições atuais ao aborto foram arquivados: o PL 1174/1991<sup>22</sup>, que dispunha sobre a autorização do aborto quando a gravidez representasse riscos de vida e saúde física ou psíquica da gestante, foi arquivado em 2008; o PL 1135/1991, que pretendia suprimir o art. 124 do Código Penal e assim descriminalizar o aborto, foi arquivado em 2012<sup>23</sup>; e o PL 176/1995<sup>24</sup>, que pretendia não apenas a legalização do aborto sem restrições (exceto a idade gestacional “até 90 dias”), mas também que a rede hospitalar pública e conveniada fosse obrigada a proceder ao aborto mediante simples manifestação de vontade da

---

21 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=89794>>). Acesso em 27 abr. 2016

22 Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>>). Acesso 27 abr. 2016

23 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>) Acesso 27 abr. 2016

24 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>>)

interessada, foi arquivado em 2011. Atualmente, tramita no legislativo federal o PL 7633/2014<sup>25</sup> que, ao dispor sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal, prevê que as mulheres que abortaram recebam o atendimento na rede de saúde pública.

Recentemente, a discussão da regulamentação do aborto foi retomada no legislativo federal a partir de uma sugestão popular - Sugestão Legislativa nº 15 de 2014 - que contou com o apoio de mais de 20 mil assinaturas e, desde maio de 2015, a Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal vem realizando audiências públicas interativas para discutir a proposta que pretende “regular a interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo SUS – Sistema Único de Saúde”<sup>26</sup>. A despeito dessa importante iniciativa popular, tem-se observado que o debate tem sido engessado pela polarização que tem marcado as discussões políticas no país e, também, por argumentos religiosos que não refletem a laicidade do Estado e, tampouco, os direitos das mulheres.

Estão em curso também, desde setembro de 2015, discussões na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados sobre um projeto de lei - PL 5069/2013<sup>27</sup> - que torna crime o anúncio de métodos abortivos e a prestação de auxílio ao aborto, especialmente por parte de profissionais de saúde, o que impactaria diretamente o atendimento às vítimas de violência sexual. A proposta dificulta o acesso ao aborto já legalizado e o atendimento regulamentado pela Lei 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. No texto do relator, o projeto sugere que apenas seja considerada violência sexual práticas que resultem em danos físicos e psicológicos (diferente do que dispõe atualmente o Art. 2º da Lei 12.845/2013<sup>28</sup>, que considera violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida) e que a prova deverá ser realizada por exame de corpo de delito. Neste mesmo sentido, tramita o PL 6033/13<sup>29</sup> que revoga a Lei 12.845/2013.

Há ainda outros projetos de lei que pretendem dificultar o acesso ao aborto legal: o PL 1545/2011<sup>30</sup>, que prevê pena de 6 a 20 anos para médico

25 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>>)

26 Disponível em (<<http://www12.senado.leg.br/hpsenado>>) Acesso em 25 abr. 2016

27 Disponível em: (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>>) Acesso em 25 abr. 2016.

28 Disponível em (<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm)>) Acesso em 25 abr. 2016.

29 Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586008> Acesso em 25 abr. 2016.

30 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507573>>) Acesso 27 abr. 2016

que realiza aborto, além da cassação do registro profissional (atualmente, a pena pode ser de 3 anos e, só em caso de morte, há pena de prisão máxima de 20 anos); o polêmico Estatuto do Nascituro<sup>31</sup> (PL 478/2007), que também está em discussão no Congresso, que proíbe o aborto mesmo em caso de estupro e que, assim como o PL 7443/2006<sup>32</sup>, transforma o aborto ilegal em crime hediondo. Nessa mesma toada, tramita a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 164/2012<sup>33</sup>, que dá nova redação ao caput do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, estabelecendo a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

Além das discussões acerca do aborto legal, também as medidas profiláticas e de acesso a métodos contraceptivos estão em pauta: o PL 1413/2007 quer proibir a distribuição, a recomendação pelo SUS e a comercialização, pelas farmácias, da pílula do dia seguinte por considerar que anticoncepção de emergência pode ser abortiva, se tomada após uma relação sexual realizada no ápice do período fértil<sup>34</sup>. Contudo, a “pílula do dia seguinte” atua sobre o óvulo fecundado antes da nidação e, conforme consagrado no direito comparado, nomeadamente na lei alemã, só constitui aborto a ação dirigida contra o óvulo já implantado no útero materno. Já a lei portuguesa, ainda que implicitamente, considera que o aborto é um “crime contra a vida intrauterina”<sup>35</sup>.

A análise de toda a discussão legislativa acerca do aborto no Brasil deixa claro que o legislador brasileiro, no gozo de sua considerável margem de discricionariedade na delimitação da incriminação do aborto<sup>36</sup>, precisa debater com seriedade este tema que é, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes problemas político-criminais da atualidade. Ademais, considerando que o número de abortos clandestinos praticados por ano no Brasil chega a 1

31 O Art. 13 deste projeto de lei dispõe que “O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes: I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante; II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos; III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento. Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>). Em complemento ao Estatuto, o PL 3748/2008, concede pensão à mãe que mantenha a criança nascida de gravidez decorrente de estupro, o que ficou popularmente conhecido como “bolsa-estupro”. Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405056>>). 27 abr. 2016.

32 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=333041>>) Acesso 27 abr. 2016.

33 Disponível em (<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543252>>) Acesso 27 abr. 2016.

34 Os críticos apontam que, diante de um tema tão sensível e controverso como o aborto, este projeto de lei representa mais um entrave ao já deficiente atendimento que as vítimas de abuso sexual recebem nas unidades de saúde vez que, em não havendo uma legislação específica, a prolapaxia da pílula do dia seguinte ficará ao arbítrio dos profissionais de saúde. Além disso, sabe-se que, no mais das vezes, as vítimas de violação não procuram auxílio médico e têm como único método de contracepção disponível a pílula do dia seguinte.

35 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit., p.81.

36 Cf. PEREIRA, Rui. Idem, p. 71-78 e 79-80.

milhão, acarretando, frequentemente, para além da morte do nascituro, graves consequências físicas e psíquicas para as mulheres e uma quantidade ínfima de processos instaurados e/ou condenações são proferidas, pode-se concluir que o “sistema penal está em crise enquanto tutor da vida pré-natal” e que a lei penal parece ter sido pervertida, convertendo-se num espaço de mero debate ético. Assim, torna-se premente a indagação: Fará sentido, ainda assim, manter a incriminação do aborto?<sup>37</sup>

## 2. ANÁLISE DO DEBATE CONSTITUCIONAL DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

A análise deste tema envolve, essencialmente, o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro lado, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – seja os que nasceram, seja os que estejam para nascer. Para tal, buscamos suporte nas experiências estrangeiras para atestar o grau de complexidade da matéria que ainda precisa ser enfrentada no Brasil<sup>38</sup> e averiguar se a tipificação penal da interrupção da gravidez coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde da mulher.

### 2.1 Proteção jurídica da vida humana intrauterina

A análise da constitucionalidade da IVG passa obrigatoriamente pela ponderação entre a vida do embrião e outros direitos da gestante que não a própria vida, na medida em que nenhum dos interesses em conflito tem caráter absoluto<sup>39</sup>. O intérprete constitucional não pode contemplar somente a perspectiva dos direitos da mulher nem a proteção da vida do nascituro pode prevalecer incondicionalmente frente a esses direitos e, por isso, deve ponderar os bens e direitos, harmonizando-os no que for possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que é

---

<sup>37</sup> Cf. PEREIRA, Rui Idem, p.79.

<sup>38</sup> Cf. ADPF 54 DF, Op. cit. Voto Voto Min. Gilmar Mendes p. 276.

<sup>39</sup> Esse foi o entendimento do Conselho Constitucional francês em 1975 quando realizou o controle preventivo da constitucionalidade da Lei n° 75-17 que permitia à mulher grávida interromper a gravidez durante as primeiras dez semanas de gestação. Cf. decisão reproduzida em FAVOREAU, Louis; PHIPLIP, Lóic. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 10e. ed., Paris: Dalloz, 1999, (pp. 317-318). p. 17.

possível admitir a prevalência de um deles<sup>40</sup>. Esse tema em particular, foi um dos mais debatidos em todas as Cortes que já realizaram o controle constitucional da descriminalização da IVG.

Na Alemanha, no julgamento, conhecido como “Aborto I”<sup>41</sup>, a Corte entendeu que a proteção à vida não deveria fazer distinção entre o ser humano “pronto” e o nascituro e rechaçou a alegação de que o direito à vida só começaria com o nascimento. Reconheceu que, ainda que a relação feto-gestante fosse bastante peculiar, o nascituro é um ser em desenvolvimento, independente, dotado de dignidade e merecedor de proteção constitucional, o que deveria iniciar-se a partir do 14º dia de gestação (momento aproximado em que se dá a nidação do óvulo no útero materno)<sup>42</sup>.

Sobre o mesmo tema o Tribunal Constitucional Português, no exercício de controle preventivo de constitucionalidade da Lei n. 06/84 que passou a permitir o aborto nos casos de risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual e que foi impugnada em razão de suposta violação ao direito à vida do nascituro, entendeu que a Constituição tutela o direito à vida do feto, mas não com a mesma intensidade com que protege o direito à vida de pessoas já nascidas, e que a questão da autorização legal do aborto depende de ponderação entre este direito à vida do nascituro com outros direitos fundamentais da mãe<sup>43</sup>. Em 1985, a problemática relacionada à existência de um direito à vida por parte do nascituro voltou a ser afluada, em sede de fiscalização sucessiva, pelo Tribunal Constitucional. No Acórdão nº 85/85 o entendimento majoritário foi no sentido de que só pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – uma vez que não há direitos fundamentais sem sujeito – o que não vale diretamente para a vida intrauterina e para os

---

40 Cf. ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx>> Acesso em 18 maio de 2016

41 Em 1974, uma reforma do Código Penal alemão havia descriminalizado o aborto praticado por médico, consentido pela gestante, nas 12 primeiras semanas de gestação mas, contra esta lei, foi ajuizada uma ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, julgada em 1975, que acabou por criminalizar a IVG, exceto nos casos de risco à saúde da mãe e em casos de patologias fetais. Cf. PEREIRA, Rui, Op. Cit. p.85

42 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p.19

43 “A idéia de uma capacidade jurídica apenas restrita do nascituro perde ... o caráter chocante se se considera que o nascituro, enquanto já concebido, é já um ser vivo humano, portanto, digno de proteção, mas enquanto ‘não nascido’, não é ainda um indivíduo autônomo e, nesta medida, é só um homem em devir... (...) E assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido.” Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 25/84, de 4 de Abril. Diário da República - 2.ª série, nº 80, de 04.04.1984.

nascituros<sup>44</sup> e inovou ao fazer uma distinção didática entre garantia da vida humana (que abarca a vida pré-natal) e direito à vida propriamente dito (de que serão apenas titulares as pessoas já nascidas)<sup>45</sup>.

Para ampliar a discussão, recorreremos à metáfora da “Tábua de Carneades”<sup>46-47</sup> em que os autores questionam como deveriam agir dois naufragos que estivessem em mar alto sobre uma tábua com capacidade para suportar apenas um naufrago: poderia um deles-empurrar o outro, condenando-o à morte para salvar a sua própria vida? Entende-se que a conduta do naufrago é ilícita, é contrária ao direito e desvaliosa ou danosa socialmente, mas não é censurável porque não se pode exigir do naufrago um comportamento que, para ser conforme ao direito, deveria ser heroico.

Para transpor esta situação para o domínio do aborto, precisamos considerar que a mulher grávida, em relação ao nascituro, não é apenas um naufrago concorrente mas, outrossim, a própria tábua<sup>48</sup>. Para melhor adaptar o exemplo da tábua, é preciso pensar num naufrago que é obrigado a boiar à tona da água para o outro (que não sabe nadar) se colocar em cima dele. Não podemos afirmar que o naufrago tenha o dever de sacrificar a sua liberdade de movimentação e o seu já reduzido bem-estar físico, servindo de boia ao seu companheiro. Mesmo se o “naufrago-boia” fosse o pai do outro naufrago, não subsiste o dever de salvamento quando a sua efetivação provoque a morte ou uma ofensa corporal grave a ele.

Ainda, para completar a analogia, precisamos considerar que o feto, embora um ser vivo, não é um ser cuja gestação esteja concluída: ao contrário do filho do naufrago, não é, ainda, “sujeito de uma vida”. Na verdade, o valor da vida uterina só se pode afirmar por ela ser vida autônoma em devir. Se, por absurdo, o feto não nascesse e se tornasse um ser humano independente, nem sequer faria sentido discutir a relevância penal do aborto. É por isso que se aceita que o aborto seja menos gravemente punível do que o homicídio, que não seja decretada a sua punibilidade a título de negligência e que seja penalmente irrelevante qualquer atentado contra a vida pré-uterina.

---

44 Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 85/85, de 25 de Junho. Diário da República - 2.ª série, nº 143, de 25.06.1985.

45 Cf. ALMEIDA COSTA, António Manuel de. **Aborto e Direito Penal**, Ed. Coimbra, 1984, p.81

46 Cf. Stratenwerth, p. 138; Jescheck, p. 433 APUD PERREIRA, Rui. Op cit. p.98

47 Nesta mesma linha de que a questão da vida do embrião ou feto é irrelevante para o reconhecimento do direito da mulher ao aborto, Judith Jarvis Thompson formulou a tese mais conhecida: a metáfora do “violinista e do bom samaritano”. Ver THOMPSON, Judith Jarvis. “A Defense on Abortion”. In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977, (pp. 112-128)

48 Cf. PERREIRA, Rui. Idem, p.99

Do mesmo modo, poder-se-á aceitar, numa situação de conflito com outros bens jurídicos (distintos já da vida ou da integridade física da mãe), o sacrifício do nascituro-perspectiva que permite aceitar a justificação do crime de aborto em algumas hipóteses de conflito com a vida ou a saúde da mãe (indicação terapêutica); no caso de conflito com a própria liberdade da mãe, quando a gravidez for resultado de violação (indicação ética) e até no caso de conflito com a subsistência da mãe e da família, se esta não for socialmente assegurada (indicação social)<sup>49</sup>.

Podemos iniciar a discussão sobre a constitucionalidade da descriminalização da IVG no Brasil, tendo presente que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como os demais aqui estudados, protege a vida humana intrauterina. Para além da garantia do direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, a Constituição protege igualmente a própria vida humana, o que abrange também a vida pré-natal, mesmo que ainda não investida numa pessoa. Todavia, este regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas<sup>50</sup>, donde decorre que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação e tem intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido, uma vez que a tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extra-uterina<sup>51</sup>. Desta forma, tem-se, no tempo de gestação, fator determinante para a averiguação do nível de proteção constitucional que deve ser atribuído à vida pré-natal, em cada uma das suas fases.

De todo modo, é preciso reconhecer que a ideia de que proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente no ordenamento brasileiro, e isto pode ser observado quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto – 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal), com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código).<sup>52</sup> A percepção geral de que a vida vale muito mais depois

49 Cf. PALMA, Maria Fernanda. A justificação por legítima defesa, Vol. 1, AADFL, Ed. Rev. 2015, p 243 e 568-569

50 Cf. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed., vol I., Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

51 Cf. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los Limites de la Vida Humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

52 Rui Pereira sustenta (pp. 95 e 101) que a identidade de valor da vida pré e pós-natal “pode fundamentar-se na metafísica e na religião, mas não é imposta pelo direito”. Pelo contrário, a discrepância entre o aborto e o homicídio, a



do nascimento pode ainda ser observada nos casos de aborto espontâneo: mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto, por mais que se trate de um fato extremamente doloroso, para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido<sup>53</sup>. Essa noção, ainda que fortemente arraigada no sentimento social, também repousa sobre fundamentos científicos. Nos tempos atuais, já não se tem dúvidas acerca da absoluta impossibilidade de que o feto apresente capacidade mínima para a racionalidade, pelo menos até a formação do córtex cerebral (antes da décima segunda semana, não está formada a estrutura cerebral, só a partir da vigésima semana se desenvolvem as funções cerebrais superiores e, apenas a partir da vigésima terceira semana, poderá existir um ser autônomo viável<sup>54</sup>).

Por todas estas razões, afirma-se que o nascituro, como vida humana e como projeto de pessoa, merece a proteção do ordenamento jurídico e da Constituição, mas não o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa<sup>55</sup>. Não obstante, não é o feto ainda pessoa. É pessoa *in fieri*, pessoa potencial, mas ainda não é pessoa, da mesma forma que uma semente pode ser qualificada como árvore em potencial, mas nunca como árvore<sup>56</sup>. Assim, uma vez que a proteção constitucional brasileira à vida intrauterina é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas<sup>57</sup>, podendo ceder, mediante uma ponderação de direitos fundamentais e de interesses constitucionalmente protegidos

---

impunibilidade do aborto negligente e a irrelevância penal de todo o atentado contra a vida pré-uterina apontam para uma diversidade valorativa.

53 SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**, 2005. p.30 Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 maio de 2016.

54 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.80-81.

55 Neste ponto, cumpre esclarecer que vida humana e pessoa humana não são a mesma coisa. Indiscutivelmente, o embrião pertence à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humano. Por outro lado, embora habite o corpo da mãe, ele, obviamente, não se confunde com as vísceras maternas, ao contrário do que afirmavam os antigos romanos. Possui o embrião identidade própria, caracterizada pelo fato de que constitui um novo sistema em relação à mãe, e é dotado de um código genético que já contém as instruções para o seu desenvolvimento biológico. Trata-se, portanto, de autêntica vida humana. Por outra banda, o Código Civil brasileiro é expresso ao estabelecer, logo no seu art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Neste sentido, tem o nascituro apenas uma personalidade potencial, que só vem a concretizar-se após o parto com vida, surgindo a personalidade jurídica só com o nascimento. Cf. MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto**. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: Ed. UNB, 1997, pp. 43-62.

56 Da mesma forma, a Ministra do STF Carmen Lúcia Antunes averbou que “há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana (...) O embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.”. Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 22

57 O Tribunal Constitucional Espanhol no Acórdão53/1985também adotou, como premissa, a ideia de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade com que se tutela a vida humana após o nascimento. Para a Corte espanhola, muito embora a vida do embrião ou feto seja um bem constitucionalmente protegido, não há um direito fundamental a essa vida.

como saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade conscientes<sup>58</sup>.

Neste mesmo sentido, pode-se afirmar que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, sendo certo que tal fator deve ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto. Além disso, não se pode olvidar que o estabelecimento de um prazo para a realização do aborto visa proteger a expectativa de vida como pessoa formada, que é tanto maior quanto mais a gravidez se aproxima do seu termo e, reflexivamente, também se destina a tutelar a grávida, pois os riscos para a sua vida e saúde são tanto maiores quanto mais tarde for realizado.<sup>59</sup>

Em Portugal, esse tema foi amplamente debatido pelo Tribunal Constitucional durante o controle preventivo de constitucionalidade do referendo de 1998<sup>60</sup>. A Corte manifestou-se favoravelmente à despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial, reiterou o entendimento de que a vida intrauterina é protegida pela Constituição, mas não com a mesma intensidade da vida de pessoas já nascidas, admitiu a ponderação entre esta vida e direitos fundamentais das mulheres e considerou que o tempo de gestação é critério adequado para a solução desta colisão de interesses constitucionais afirmando que “a tutela progressiva encontra seguramente eco no sentimento jurídico colectivo, sendo visível que é muito diferente o grau de reprovação social que pode atingir quem procure eventualmente ‘desfazer-se’ do embrião logo no início de uma gravidez ou quem pretenda ‘matar’ o feto pouco antes do previsível parto”<sup>61</sup>. Entendeu ainda que nem o regime de proteção da vida intrauterina tem que ser “o mesmo que o direito à vida,

---

58 Cf. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. 1985.

59 Nestes termos, SILVA DIAS, Augusto Silva Dias. Apontamentos de Direito Penal II, 1996-97 aponta que os acórdãos do Tribunal Constitucional 85/85 e 288/98 assumiram o tempo de gestação do feto como critério de ponderação de interesses. O acórdão 288/98 define que a vida intra-uterina é “quase sempre prevalecente nas últimas semanas de gestação, enquanto que nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher.

60 Em Portugal, foram realizados 2 referendos sobre a interrupção da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas: em 1998, com 68% de abstenção, o NÃO venceu. Em 2007, 59% dos votos válidos foram pelo SIM, 40% pelo não e, novamente, houve abstenção de 56% do total de inscritos. A despeito de se tratar de consulta popular não vinculativa, nos dois casos a orientação popular foi acatada pelo Legislativo que fez com que a IVG só fosse descriminalizada após a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade do Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 617/2006 que impôs um sistema de aconselhamento, como ocorre na Alemanha, que não havia sido previsto pelo referendo.

61 O arresto acrescentou ainda que a harmonização entre a proteção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, passa pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção da gravidez cabe à própria mulher. Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 288/98. de 18 de abril. Diário da República 91/98 SÉRIE I-A 1º SUPLEMENTO.

enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros interesses constitucionalmente protegidos<sup>62</sup>; nem a proteção da vida intrauterina deve “ser identificada em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até ao nascimento”. Daí que, nas primeiras dez semanas de gestação, passou a admitir a interrupção da gravidez por livre decisão da mulher, como meio – na discricionariedade do legislador – de assegurar a “concordância prática” entre o bem e o valor constitucional objetivo “vida intrauterina” e os direitos da mulher ao livre desenvolvimento da sua personalidade e à maternidade consciente.

## 2.2 O direito à saúde

No Brasil, a atual criminalização da IVG atinge duplamente o direito à saúde das mulheres: primeiramente, se tem a lesão aos direitos das gestantes, quando são obrigadas a levar a termo gestações que representam risco ou impliquem efetiva lesão à sua saúde física ou psíquica; em segundo, a lesão coletiva ao direito de saúde das brasileiras em idade fértil que leva centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeter-se a procedimentos clandestinos/inseguros<sup>63</sup>.

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não nos parece razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde, sem que a ela seja facultado o direito de salvaguardar sua higidez física e psíquica através da interrupção da gestação. Além disso, há que se ampliar o que se entende por saúde<sup>64</sup> - conjugando-a em saúde física e psicológica - no esteio do que nos ensinam as experiências estrangeiras, especialmente a francesa, que considera como dano à saúde psicológica<sup>65</sup> a angústia experimentada pelas mulheres que são obrigadas a levar adiante gestações indesejadas.

Na França, onde o debate constitucional diferencia-se dos demais países aqui estudados por ter se dado a partir de uma iniciativa do legislador e não do Judiciário, a Lei nº 75-17 passou a contemplar, para além de uma indicação terapêutica ampla, uma indicação por motivos pessoais

62 Cf. PINTO, Frederico Costa. Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal, Jornada sobre a revisão do Código Penal, AADFL, 1998, pp. 66 e ss

63 Cf. SARMENTO, Daniel. p. 37

64 Nesse sentido, já há no Brasil doutrina considerando que a criminalização do aborto se reduz a um tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física, mental e emocional, garantidos pela Constituição em seu art. 196, e que a gestante que provoca o autoaborto ou autoriza terceiro a realizá-lo está amparada pela inexistência de conduta diversa. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 169.

65 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.81-82.

para autorizar a interrupção da gravidez. Devido a um estado de angústia (*detresse*) que a própria mulher grávida ajuíza, a IVG é permitida durante as primeiras dez semanas de gestação<sup>66</sup> ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou à sua saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de “doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”. Em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588 que ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa, para as mulheres adultas, a consulta prévia exigida até então em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação. O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na Decisão n. 2001-446, que a ampliação do período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez de 10 para 12 semanas quando a gestante se encontre numa situação de angústia não rompe o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre a salvaguarda da proteção da pessoa humana contra toda forma de degradação e da liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>67</sup>.

Nos Estados Unidos, a decisão do caso *Roe v. Wade 410 US 113 (1973)*<sup>68</sup> considerou que obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação indesejada pode provocar danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis mesmo no período inicial da gestação: danos psicológicos; comprometimento da saúde física e mental causados pelo cuidado com o filho; imposição a uma vida ou futuro infeliz à mulher que não desejava a maternidade ou à prole adicional; e também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada, além do problema de trazer uma criança para uma família psicologicamente - ou por qualquer outra razão - inapta para criá-la. A Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam, necessariamente, seguir ao legislar sobre aborto. Assim, a livre e voluntária decisão da mulher e de seu médico pelo aborto é ampla no estágio inicial da gestação (primeiro trimestre), mas progressivamente condicionada nos demais estágios (trimestres), a fim de que os estados possam controlar a adequação entre os meios procedimentais de sua realização e os riscos à saúde e à vida da mulher. No segundo trimestre, o aborto continuaria

66 Cf. PEREIRA, Rui. Op., cit, p.81-82.

67 Tradução livre do trecho da decisão que está disponível na íntegra em <<http://www.conseilconstitutionnel.fr>>

68 Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extrauterina<sup>69</sup> –, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para a preservação da vida ou da saúde da mãe<sup>70</sup>. Além disso, ao tratar da preservação da vida e da saúde da mãe, a decisão incluiu a ponderação do número de filhos e da situação econômica da família como fatores decisivos para a autorização do aborto<sup>71</sup>.

Nesse mesmo sentido, o Código Penal Português, em seu artigo 142, nº 1, autorizou o aborto quando este for o único meio de prevenir o surgimento de um perigo para a vida ou grave e duradoura lesão de saúde física ou psíquica da grávida<sup>72</sup>. Na Inglaterra, a Lei do Aborto, de 1967, contemplou uma indicação médico-social, ao admitir o aborto para evitar o risco de que a ofensa à saúde física ou mental da mulher grávida ou de alguma das crianças da família fosse maior do que as resultantes da interrupção da gravidez<sup>73</sup>. A necessidade de admitir a interrupção voluntária da gravidez em casos de risco devidamente constatado à saúde da gestante é reconhecida mesmo pelas cortes que optaram pela criminalização como regra geral como foi o caso da Corte Constitucional italiana, que declarou a inconstitucionalidade da norma incriminadora do aborto inserida no Código Penal, exatamente porque esta não previra a hipótese de interrupção da gravidez em decorrência de risco à saúde materna.

A legislação alemã traz como principal característica a prevenção do aborto por meio de mecanismos não repressivos, com a criação de medidas de caráter educativo, de planejamento familiar e benefícios assistenciais, com a finalidade de eliminar as causas materiais que pudessem fazer com que as mulheres deixassem de procurar a interrupção da gravidez<sup>74</sup>. A partir

---

69 Em decisões posteriores, como *Planned Parenthood v. Casey*, proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º trimestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extra-uterina. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 817-822.

70 Cf. DWORKIN, Ronald. Op., cit. p.73

71 Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76, p. 216, p.224-226.

72 Cf. FIGUEIREDO DIAS, Op., cit. Comentário §§ 26-30 ao artigo 142 e o § 27 ao 142.

73 Cf. Nicolas Terrey, “England”, *Abortion and Protection of Human Fetus*, op. cit. p. 75 e ss. APUD Rui Pereira, pag. 85

74 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p.14.

da decisão do Aborto II<sup>75</sup> a IVG passou a ser permitida nas 12 primeiras semanas de gravidez desde que, antes disso, a gestante fosse submetida a um serviço de aconselhamento, que tentaria demovê-la da ideia e, após aguardar um período de três dias, decidir pela interrupção da gravidez ou não. Nos Estados Unidos, a partir da decisão do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 US 833, de 1992, os médicos passaram a ser obrigados a dar informações sobre os riscos do aborto e, somente 24 horas após a prestação dessas informações, a intervenção abortiva passou a ser prestada; no caso de a mulher grávida ser menor, passou a ser indispensável a autorização de seu pai ou de sua mãe<sup>76</sup>. Nesse mesmo sentido, na Espanha a descriminalização da IVG só foi declarada constitucional<sup>77</sup> quando o projeto passou a exigir um prévio diagnóstico feito por médico diverso daquele que realizaria o procedimento de aborto terapêutico ou eugênico.

Em análise comparativa, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, tal como recomendado pelas Plataformas das Conferências do Cairo e de Beijing<sup>78</sup> não haverá como escapar da equânime solução de se concluir que, para a proteção ao direito constitucional à saúde da mulher, a legislação brasileira não só deve descriminalizar como também autorizar a realização dos procedimentos de interrupção voluntária da gravidez na fase inicial da gestação pelo sistema público de saúde, como o fazem a maioria dos países que já se debruçaram sobre esse tema. Na França, desde 1982, uma lei prevê a obrigação da Seguridade Social de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez<sup>79</sup>.

---

75 Cf. PEREIRA, Rui, Op. cit. p. 86.

76 Cf. PEREIRA, Rui, Idem. 84.

77 Na Espanha, em 1985, foi aprovado um projeto de lei que alterou o Código Penal e passou a permitir o aborto em casos de risco grave para a vida ou a saúde física ou psíquica da gestante em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de malformação fetal, nas primeiras 22 semanas. Ao ser consultada, a Corte Constitucional, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, decidiu que a autorização da interrupção da gravidez, naquelas hipóteses, não feria a Constituição. Cf. ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx>> Acesso em 18 maio de 2016

78 Para além disso, o Brasil subscreveu a Declaração de Pequim, adotada pela 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres, comprometendo-se a eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, a assegurar a assistência à saúde das mulheres; assim como subscreveu Convenções Internacionais como a Convenção de Belém do Pará, que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos à tortura ou a sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde. Cf. 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz). Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará. Disponível em <<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>>. Acesso em 06 out 2016.

79 Cf. RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Tome 2. 6e. ed., Paris: PUF, 1997, p. 112-113.

### 2.3 O direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo

A gravidez e a maternidade têm intensa conexão com a ideia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento pode ser encontrado na própria ideia de dignidade humana da mulher, bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade, pela modificação radical que podem provocar no rumo da existência de uma mulher, sendo a escolha de ter ou não um filho uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher<sup>80</sup>. Se, por um lado, esta decisão pode conferir um novo significado à vida, por outro, pode sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais, pois, mesmo com todas as mudanças do mundo contemporâneo, ainda é sobre as mães que recai o maior peso na criação dos seus filhos<sup>81</sup>.

Em todos os ordenamentos jurídicos aqui estudados, a discussão da constitucionalidade da IVG se deu sob o prisma da dignidade humana, da privacidade, da autonomia e do respeito à autodeterminação de cada mulher ou homem, no sentido de que pudessem decidir sobre suas próprias vidas e se comportar de acordo com suas decisões, sem interferências do Estado ou de terceiros<sup>82</sup>. Nos Estados Unidos, a doutrina de garantia da privacidade (*privacy doctrine*) e o crescente movimento feminista foram determinantes para pressionar a flexibilização das legislações dos estados<sup>83</sup>, que culminou no julgamento do célebre caso norte-americano *Roe v. Wade 410 US 113 (1973)*. Tendo como fundamento principal o direito à privacidade como liberdade individual fundamental, protegida pela Décima Quarta Emenda à Constituição (cláusula do devido processo), a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional, em 1973, qualquer lei que proibisse a livre e voluntária decisão da mulher, assistida por seu médico, em interromper a gravidez<sup>84</sup>. Nesta decisão, entendeu-se que o direito de privacidade é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não

---

80 Esta preocupação com os direitos reprodutivos é recente, tendo se consolidado sobretudo a partir das Conferências do Cairo de 1994 e de Beijing de 1995, como o resultado da luta do movimento feminista. Neste sentido, é eloquente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que afirma o direito humano de “decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles”, bem como o de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências”. Disponível em <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf)> Acesso 06 out 2016

81 Cf. PIOVESAN, Flávia. “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). **Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 61-79, p. 7

82 Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. Cit. 1989, pp. 199-265

83 HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions**. Oxford University Press, 1999, p. 262-265

84 Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sua gravidez e que negar essa escolha seria uma manifesta restrição imposta pelo Estado aos direitos das mulheres<sup>85</sup>.

Quando se considera cada pessoa humana como um agente moral dotado de razão, capaz de traçar seus planos de vida e escolher o que é bom ou ruim para si, e que, *a priori*, deve ter liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade<sup>86</sup>, faz-se necessário questionar se o Estado e a sociedade não estariam se intrometendo no direito à integridade corporal da mulher quando tomam decisões sobre seu corpo e obrigam-na a levar adiante uma gestação contra sua vontade, o que, por si só, pode comprometer sua saúde psíquica.

Além disso, não nos parece aceitável o silêncio do legislador penal brasileiro sobre a autonomia reprodutiva da mulher na legislação do aborto, pois desde o século passado a legislação sobre o aborto baseia suas regras e sanções no universo masculino, fundamentando a existência de uma dupla moral em que a condição das mulheres nunca entrou nas agendas políticas por não serem consideradas relevantes. Na verdade, boa parte da resistência à descriminalização da IVG se deve ao fato de as propostas pretenderem colocar os direitos reprodutivos, de saúde e o próprio corpo da mulher à frente do direito à vida do feto e do direito de pai à prole<sup>87</sup>.

Nesse mesmo sentido, importa dizer que, ainda que a vida do feto dependente da mãe dentro do útero seja o bem jurídico protegido pela proibição do aborto<sup>88</sup> e que a criminalização do aborto objetive proteger o feto contra a gestante, faz-se necessário lembrar que o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses e que estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro, não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Ficando evidente que, para o Direito Penal, a vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto mesmo porque os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos e também porque não há

---

85 Ainda, há que se considerar que, se o direito à privacidade envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, não se pode conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra sua vontade? Dworkin chama de “escravização parcial” ou “privação de liberdade” a obrigação que é imposta às mulheres pela sociedade e pela legislação, forçando-as a carregar fetos indesejados, retirando-lhes o controle de seus próprios corpos para que cumpram objetivos que lhe são estranhos. Esta espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, a que as mulheres são submetidas, retira-lhes o mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. Cf. **Dworkin Freedom’s Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 98.

86 Cf. NINO, Carlos Santiago, Op. Cit. 1989.

87 Cf. DUARTE, Alicia Elena Pérez y Noroña. El Aborto – una lectura de derecho comparado”, **Ciências**, México, n. 27, julho 92, 56-57

88 Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. 5, 4. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 267-317



como estabelecer, *a priori*, qual valor que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural<sup>89</sup>.

Desta forma, nos casos de gravidez decorrente de estupro, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho, dando-se primazia ao direito da gestante e aos impactos psicológicos de tal situação. Sendo assim, faz-se necessário observar que, no caso do aborto ético ou sentimental, o legislador brasileiro não deixou de levar em consideração a mulher<sup>90</sup>, protegendo-a da obrigação de carregar, em seu ventre, o fruto da concepção indesejada, resultado de prática violenta, à qual ela foi constringida, e também evitar que, caso o nascimento ocorra, seja ela obrigada a conviver com um filho que vai lhe fazer se lembrar, por toda a vida, da violação que sofreu<sup>91</sup>.

Assim, ainda que o estupro seja, para a sociedade em geral e para o Direito em especial – já que é uma das excludentes de punibilidade do aborto –, uma ação humana da maior violência contra a autonomia de vontade da mulher, uma aberração, uma hediondez, há que se reconhecer que este não é a única causa de gestações indesejadas no Brasil. Sem grande esforço hermenêutico, percebe-se que, quando o legislador coloca o estupro como causa de justificação para o aborto, que faz tornar-se lícita a conduta que normalmente seria considerada ilícita, o faz fundado justamente no interesse em preservar a dignidade da mulher, vítima da violência sexual. Contudo, há que se conseguir separar da permissão para o aborto sentimental o instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher e reconhecer que a liberdade e a autonomia da mulher são anteriores à concepção, seja ela fruto de uma relação consensual ou da ignomínia a que as vítimas de estupro são brutalizadas e que a autorização para a interrupção voluntária da gravidez não pode estar condicionada a um ato masculino, muito menos ao mais perverso dos atos.

No Brasil, há que se transcender ao machismo que impera em nossa sociedade e, naturalmente, reverbera nas casas legislativas, que hoje se preocupam em proteger a mulher apenas quando o abalo psíquico originou-se num estupro e retira totalmente a autonomia e a liberdade sexual e reprodutiva da

89 Cf. RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah da Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 281 a 291

90 Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 2. Parte Especial, 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

91 Cf. ADPF 54 DF, Op. cit. Voto Min. Gilmar Mendes.

mulher, fazendo parecer que a decisão de engravidar repousa sobre a vontade do homem, seja ela violentamente imposta ou consensual, e que às mulheres cabe apenas assentir e manter seus corpos à disposição da vontade masculina<sup>92</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, a análise da constitucionalidade da IVG no Brasil fez-se por meio da ponderação do princípio da vida, que se aplica ao feto, e dos princípios da dignidade, liberdade e saúde, que se aplicam à gestante. Para isso, também consideramos que a proporcionalidade, em sentido estrito, diz basicamente que, quanto maior o grau de não realização de um princípio ou de um dano a esse princípio, maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio<sup>93</sup> para que aquele possa ser afastado em benefício da realização deste. Desta forma, podíamos entender que a criminalização da interrupção da gravidez é um meio adequado para proteger a vida do nascituro e, através do ordenamento jurídico, proteger o feto. Por outro lado, podíamos entender que não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da mulher do que a interrupção da gestação e descriminalizá-la.

Assim, ainda que se conceba o direito à vida do feto, em juízo de ponderação, entendemos que tal direito deve ceder em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, caput, da Carta da República.

Soma-se a esse argumento o fato de que o meio utilizado atualmente para a proteger a vida do feto, mediante essa postura interventiva do Estado, fere, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde física e psicológica, seja na esfera da dignidade humana. Se há dúvida sobre o valor da vida uterina, sobram certezas de que a imposição da gestação contra a vontade da mulher assemelha-se à tortura física e psicológica, nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E aqui não se trata de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (art. 5º, III, da Constituição) que assegura que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

---

92 Não por outro motivo, o ministro Ayres Brito, no julgamento da ADPF54, afirmou que, se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez seria lícita desde sempre.

93 Cf. ALEXY, Robert. **On constitutional rights to protection**. *Legisprudence*, vol. III, n. 1, 2009, p. 7.

Ademais, há que recordar que o Direito Penal moderno se apresenta como última *ratio*, devendo ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por esta ineficiência gerar custos sociais e econômicos, o que reforça os argumentos favoráveis à descriminalização do aborto. A propósito, e em reforço destes argumentos, os princípios informadores do Direito Penal mínimo, como o princípio da idoneidade, que estabelece que a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social; o princípio da subsidiariedade, que estabelece que se deve mostrar que não há outras alternativas para a regulação da conduta indesejada; e o princípio da racionalidade, que estabelece que se deve comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização, ratificam os argumentos já apresentados<sup>94</sup>.

Conforme demonstra a experiência dos países onde a IVG foi descriminalizada, as medidas mais eficazes contra o aborto são investimentos em planejamento familiar e educação sexual; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma “escolha de Sofia” entre a maternidade ou o emprego e, por fim, o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas<sup>95</sup>. Por isso, parece-nos que ao Estado compete apenas se incumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à mulher, antes e depois da decisão, seja ela qual for<sup>96</sup>, uma vez que só a ela cabe sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, refletir sobre suas próprias concepções e assim, no exercício do direito à privacidade, sem temor de reprimenda, deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez<sup>97</sup>.

Por fim, importa dizer ainda que o Brasil deve seguir o exemplo de países como os Estados Unidos, Portugal, França, Alemanha e alguns países da Europa de Leste que consideram que a mulher grávida é um ser autônomo, titular do direito de dispor do seu próprio corpo sendo o respeito por esse direito (em condições de igualdade com o direito homólogo atribuído ao homem) incompatível com um dever de suportar a gravidez. Dever-se-á também considerar que o valor da vida pré-natal não é idêntico em todas as fases da gravidez,

---

94 Cf. KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. In: PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos**. Vol. IV: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 405-427

95 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 41

96 Cf. BIRCHAL, Telma Birchall e FARIAS, Lincoln: Aborto de fetos anencéfalos, in **Ethic@**. **Revista Internacional de Filosofia da Moral**. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

97 Voto Min. Marco Aurélio p. 66 ADPF 54 516/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/04/2013 (<www.stf.jus.br>).

como anteriormente referido, e adotar o modelo de prazos, descriminalizando a IVG nas 12 primeiras semanas de gestação. Descriminalização que pode ser assegurada atribuindo-se ao Código Penal uma interpretação coerente com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade.

Ainda, urge ressaltar a importância de que Estado imponha condições protetivas para que o procedimento seja realizado de acordo com regras seguras. Nesse sentido, deve-se garantir a ampla divulgação de informações sobre o aborto, o aconselhamento da gestante por médicos, o acompanhamento psicológico, laudos de especialistas que comprovem a necessidade de determinado aborto e mesmo a criação de medidas sociais de auxílio à futura mãe, no caso de esta optar por levar a gestação adiante<sup>98</sup>.

Além do mais, reconhecer que não há inconstitucionalidade na interrupção voluntária da gravidez no Brasil, mais do que respeitar a autonomia das mulheres, é interromper esse martírio que hoje obriga mulheres a levar adiante gestações contra sua vontade, o que corresponde a tortura, a tratamento cruel ou, o que pode ser ainda pior, lançá-las ao perigo de morte dos abortos inseguros. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. **Legisprudence**, vol. III, n. 1, 2009

ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, *Lancet*, 2012, (pp.625–632). Disponível <[https://www.guttmacher.org/pubs/IB\\_AWW-Latin-America-SP.pdf](https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-SP.pdf)>. Acesso em 20 abr. 2016.

ALMEIDA COSTA, António Manuel de. **Aborto e Direito Penal**, Ed. Coimbra, 1984, p.81

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Inteiro Teor. Brasília, 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 24 fev 2016.

BIRCHAL, Telma Birchal; FARIAS, Lincoln. Aborto de fetos anencéfalos. **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral**. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

---

98 BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Más reformas en Justicia. Publicado em: **El Heraldo del Henares**, edição de 1.4.2012. Disponível em: <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2001

BRUM, Eliane. Sobre aborto, deficiência e limites, 2016. **Jornal El País**. Disponível em <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965\\_851244.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html)>. Acesso em 15 fev 2016.

BRUSCHINI, Cristina. Trabalho feminino: trajetória de um tema, perspectiva para o futuro. **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1994, (pp. 17-32), p. 29.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., vol I. , Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010 . Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>>. Acesso em 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. “Os autores respondem”, **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 7, p. 1687-1688, jul. 2012 . Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000700006>>. Acesso em 20 abr. 2016.

DUARTE, Alicia Elena Pérez y Noroña. El Aborto - una lectura de derecho comparado”, **Ciências**, México, n. 27, julho 92, 56-57

DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Freedom’s Law**: the Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

\_\_\_\_\_. **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977.

ESPANHA. Acórdão 53/1985, de 11 de abril, Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal (BOCG de 25 de febrero de 1983). Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC531985en.aspx>>. Acesso em 18 maio de 2016

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso 381 US 479. Disponível em < <https://www.supremecourt.gov/> > Acesso em 07 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. Caso 405 US 438 Disponível em: < [https://www.supremecourt.gov](https://www.supremecourt.gov/) > .Acesso em 07 maio 2016.

FAVOREAU, Louis; PHIPLIP, Löic. **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**. 10e. ed., Paris: Dalloz, 1999, (pp. 317-318). p. 17.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Comentário ao § 37 do artigo 142 do Código Penal, in **Comentário Conimbricense do Código Penal**, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions**. Oxford University Press, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 5, 4. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/pesquisas/pns/default.asp?o=23&i=P>>. Acesso em 25 abr. 2016.

MONTEIRO, Mario Francisco; GIANI; Adesse, Leila. **Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005)**. Disponível em <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_252.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf)>. Acesso em 26 abr. 2016.

MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto**. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: Ed. UNB, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

PALMA, M. F., A justificação por legítima defesa, Vol. 1, AADFL, Ed. Rev. 2015.

PEREIRA, Rui. O Crime de Aborto e a Reforma Penal. A.A.F.D.L, 1995. Lisboa.

PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos**. Vol. IV: Grupos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Frederico Costa. Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal, Jornada sobre a revisão do Código Penal, AADFL, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 2. Parte Especial, 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 25/84, de 4 de Abril. Diário da República - 2.ª série, nº 80, de 04.04.1984.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão 85/85, de 25 de Junho. Diário da República - 2.ª série, nº 143, de 25.06.1985.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão 288/98. de 18 de abril. Diário da República 91/98 SÉRIE I-A 1º SUPLEMENTO.

RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah da Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 281 a 291.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques**. Tome 2. 6e. ed., Paris: PUF, 1997, p. 112-113.

ROBERTS et al.: Risk of violence from the man involved in the pregnancy after receiving or being denied an abortion. **BMC Medicine**. 2014. 12:144. Disponível em <<http://bmcmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0144-z>>. Acesso em 20 abr. 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004,

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**, 2005. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 maio de 2016.

SILVA DIAS, Augusto. “Têm os deveres de cooperação do art. 7º e ss. do DL nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais?”, in: Palma, M. F., Silva Dias, A., Sousa Mendes, P. (orgs.), **Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, (pp. 433-451) p. 440.

\_\_\_\_\_. Apontamentos de Direito Penal II, 1996-97.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. Vol. 1. 11 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# A Desjudicialização Enquanto Ferramenta de Acesso à Justiça no CPC/2015: A Nova Figura da Usucapião por Escritura Pública

**Humberto Dalla Bernardina de Pinho**  
*Professor Associado de Direito Processual Civil (UERJ)*  
*Martin-Flynn Global Law Professor (University of Connecticut School of Law)*  
*Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro*

**José Roberto Sotero de Mello Porto**  
*Pós-graduado em Direito Privado pela UCAM*  
*Mestrando em Direito Processual pela UERJ*  
*Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro*

**SUMÁRIO:** 1. O novo CPC e a amplitude do acesso à justiça. 2. A evolução do fenômeno da desjudicialização no direito brasileiro. 3. A nova jurisdição voluntária extrajudicial. 4. A figura da usucapião administrativa e o exame do art. 1.071 do CPC/2015. 4.1. Uma nova espécie de usucapião administrativa? 4.2. Amplitude do instituto. 4.3. A solução judicial: uma via sempre aberta? 4.4. Requisitos do requerimento. 4.5. Documentos necessários. 4.6. Ciência aos entes federados e demais interessados. 4.7. Casos de dúvida. 4.8. Acolhimento do pedido. 4.9. Rejeição do pedido *versus* impugnação do pedido. 4.10. A função conciliatória do tabelião. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. O NOVO CPC E A AMPLITUDE DO ACESSO À JUSTIÇA

O Novo Código de Processo Civil trouxe, em seu art. 3<sup>a</sup>, o comando de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, enquanto o texto constitucional, em seu art. 5<sup>a</sup>,



XXXV, entende que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora haja similitude entre as duas redações, uma leitura mais atenta revela que o comando infraconstitucional busca oferecer uma garantia mais ampla, extrapolando os limites do Poder Judiciário, a quem incumbe prestar a jurisdição, mas não como um monopólio<sup>1</sup>.

A função jurisdicional representa o dever Estatal de dirimir conflitos, abarcando as modalidades chiovendiana, de atividade substitutiva<sup>2</sup>, e carnellutiana, de resolução de conflitos<sup>3</sup>.

Contudo, na construção clássica, o Judiciário apenas atua na forma negativa, ou seja, dirimindo conflitos com a imposição de vontade do juiz, determinando um vencedor e um vencido<sup>4</sup>.

Por isso, o art. 3 do NCPC, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores<sup>5</sup>.

Desse modo, a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais.

Dentro do contexto, ganha força também a jurisdição voluntária extrajudicial<sup>6</sup>, que será vista no próximo tópico.

---

1 LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem. In: **A Arbitragem na Era da Globalização**, livro coordenado pelo professor José Maria Rossani Garcez, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2002. p. 8: “Pode definir-se jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

3 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, vol. 1, 2004. p. 63: “A influência que faz desdobrar o interesse externo para determinar a composição espontânea dos conflitos nem é pequena, nem pode ser desprezada. Pelo contrário, uma observação profunda sobre os regimes dos conflitos interindividuais, intersindicais e internacionais parece-me que deve levar a comprovar que, à medida em que a civilização progride, há menos necessidade do Direito para atuar a solução pacífica do conflito, não apenas porque cresce a moralidade, como também, e mais por tudo, porque aumenta a sensibilidade dos homens perante o supremo interesse coletivo.”

4 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Castillo. **Estudios de teoría general del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1049>>. Acesso em: 13 ago. 2015. p.127.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

6 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, S. A., 1961. p. 36. Veja-se, também, PRATA, Edson. **Jurisdição Voluntária**. São Paulo: Ed. Universitária, 1979. p. 55.

A jurisdição é essencialmente uma função estatal. Por isso, em momentos históricos diversos, desde a Antiguidade, passando pelas Idades Média, Moderna e chegando à Contemporânea, o Estado, invariavelmente, chamou para si o monopólio da jurisdição, sistematizando-a, a partir de Luís XIV. A atuação jurisdicional, então, era um poderoso mecanismo para assegurar o cumprimento das leis.

No entanto, Leonardo Greco<sup>7</sup> admite que a jurisdição não precisa ser, necessariamente, uma função estatal.

É claro que não se pode simplesmente desatrelar a jurisdição do Estado, até porque, em maior ou menor grau, a dependência do Estado existe, principalmente para se alcançar o cumprimento da decisão não estatal.

Por outro lado, podemos pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado<sup>8</sup> ou por agentes privados<sup>9</sup>.

O próprio Cappelletti<sup>10</sup> defendeu o desenvolvimento da justiça coexistencial<sup>11</sup>, mesmo sem a participação e controle do Estado, de acordo com o tipo de conflito. Como exemplos concretos de “Tribunais de Vizinhaça”, já observava os “Tribunais de Camaradas” do Leste Europeu, as “Comissões Sociais de Conciliação” polonesas e o *conciliateur* local francês<sup>12</sup>. De resto, a desjudicialização dos conflitos encontra-se inserida na terceira onda de acesso à justiça prenunciada pelo doutrinador italiano.

7 GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, 5a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70. “a composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações”.

8 “Assim como a normatividade não é monopólio do Legislativo, a realização do justo não é monopólio do Judiciário. Há lugar para a mediação, para a arbitragem, para a negociação, para o juiz de aluguel e outras modalidades de solução dos conflitos” (NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 100).

9 “O sentido contemporâneo da palavra jurisdição é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se dão de desenvolver esforços para (i) prevenir formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processo judiciais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52).

10 “Mas a temática daquilo a que chamei a ‘terceira onda’ vai muito mais além dessas formas de simplificação dos procedimentos e dos órgãos de justiça. Muito importante é a substituição da justiça contenciosa por aquela que denominei de justiça coexistencial, isto é, baseada em formas conciliatórias” (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. In: Revista Forense, n. 318, pp. 123-124).

11 Em uma de suas mais felizes passagens, pontifica o Mauro Cappelletti: “o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira ‘onda’ desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31 e ss.).

12 Ibidem. pp. 114-120.

À luz do conceito moderno de acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve passar por uma releitura<sup>13</sup>, não ficando limitado ao acesso ao Judiciário, mas se estende às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado. Nessas searas, também devem ser asseguradas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito<sup>14</sup>.

Como já temos falado em diversas oportunidades<sup>15</sup>, a via judicial deve estar sempre aberta, mas isso não significa que ela precise ser a primeira ou única solução. O sistema deve ser usado subsidiariamente, até para evitar sua sobrecarga, que impede a efetividade<sup>16</sup> e a celeridade<sup>17</sup> da prestação jurisdicional.

Não é compatível com as modernas teorias sobre o Estado Democrático de Direito a ideia de que o processo em juízo seja a forma preferencial de solução de controvérsias<sup>18</sup>, nada obstante essa visão, quer seja pela tradição, ou mesmo pelo receio da perda de uma parcela de poder, mantenha-se em alguns seguimentos<sup>19</sup>.

---

13 “O acesso à justiça não está vinculado necessariamente à função judicial e, muito menos, ao monopólio estatal da justiça. A terceira onda renovatória do processo civil tratou da ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos. Todavia, o Brasil ainda não alcançou essa terceira fase do processo civil, tendo em vista que prestigia somente o meio judicial de solução de conflito, confinando o acesso à justiça às portas dos tribunais, que abarrotados de processos, não garantem uma prestação jurisdicional eficiente” (SANT’ANNA, Ana Carolina Squadri. Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 131).

14 GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 71.

15 “Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o ‘call center’ de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de conceito ao Juiz que o ajustamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação do conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Acesso em 11/10/2014).

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. Op. cit., p. 51.

17 “Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar a celeridade, informalização e pragmatidade” (SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Ijuí, 2010, p. 104).

18 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

19 “A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é**

Nesse contexto, é preciso assentar a ideia de um Estado-juiz minimalista. Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica<sup>20</sup>.

## 2. A EVOLUÇÃO DO FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Fixadas essas premissas, vamos tratar das formas de desjudicialização previstas no ordenamento brasileiro.

Primeiramente há uma questão terminológica: se a desjudicialização pode ser caracterizada como um quarto meio de resolução de conflitos<sup>21</sup>.

O ordenamento escolhe conceder tratamento diverso à pretensão que poderia vir a ser resistida e originária a lide que iria ocasionar o nascimento da demanda. Chega-se a um consenso pela atividade negocial das partes ou pela intervenção de um terceiro (conciliação ou mediação), valendo-se das ferramentas extrajudiciais<sup>22</sup>.

O fenômeno da desjudicialização não era imaginado pela comunidade jurídica em décadas anteriores<sup>23</sup>, pela utilização de um conceito restrito de jurisdição. Mesmo assim, sutilmente, já era possível vislumbrar casos de desjudicialização na sociedade brasileira. Ousa-se afirmar que desde a edição da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) já se apontava para a desjudicialização dos ritos presentes nessa lei, ou seja, para os casos de procedimentos que não necessitavam de atividade decisória judicial para existir, mas há ingerência estatal para lhes assegurar segurança jurídica, e atribuir-lhes oponibilidade *erga omnes*.

---

**a panaceia para a crise do acesso à justiça?** Disponível em: <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)>. Acesso em 08/10/2013.

20 “É comum ouvir acerca do descrédito no Poder Judiciário e sobre casos de injustiça patente, a ponto de banalizar-se e crer-se tal fato como irremediável e normal. Tal situação gera um descontrole e cria maior zona de conflitos, quando muitos se aproveitam dessa morosidade para descumprir as leis, desrespeitar contratos e não cumprir deveres e obrigações, criando um ciclo vicioso no qual, quanto maior a duração do processo pelo seu excessivo número, em mais casos é o Judiciário obrigada a intervir. Entendemos que a jurisdição civil deva ficar reservada a casos extremamente necessários e nos quais a solução dependa da chancela, supervisão ou decisão estatal. A chamada jurisdição voluntária deve ser revista, assim como situações em que é injustificável a intervenção estatal, privilegiando-se as formas de solução de conflito alternativas (câmaras de conciliação, arbitragem, juizados cíveis especializados etc.)” (HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23-24).

21 PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**, Coimbra, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015. p. 14.

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. Op.cit., p. 29.

23 ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p.101-122, jul. 2011. p. 113.

A desjudicialização não perde a natureza de intervenção estatal - há, apenas, uma materialização estruturada de forma diversa do processo judicial. Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio.

Assim, em 1973, com a aprovação da Lei de Registro Públicos (LRP - Lei 6.015), buscou-se a unificação dos procedimentos que não precisavam ter cunho decisório jurisdicional para produzir efeitos contra terceiros, de modo que nessa seara, há muito já se exerce jurisdição voluntária extrajudicial.

A partir de 1992, a desjudicialização acentua-se, com a promulgação da lei 8.560, que institui formas de reconhecimento de paternidade diretamente no registro de nascimento, pela escritura pública ou escrito particular arquivado na serventia, por testamento, mesmo que incidental, e ainda pela via judicial. Há a facultatividade da escolha do procedimento<sup>24</sup>.

Registre-se que, desde 2012, esse reconhecimento foi ampliado de forma que o pai não precisa nem ir à Serventia onde se localiza o assento de nascimento do filho, podendo reconhecer a paternidade em qualquer Serventia de Registro de Pessoas Naturais do Brasil<sup>25</sup>.

Em 1994, com a Lei n. 8.951, a consignação em pagamento passou a poder ser feita extrajudicialmente, com a inserção do § 1º no art. 890 do CPC/73.

Em 1997, a lei 9.514, que trata de alienação judiciária de bem imóvel, permitiu o registro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel e averbação do termo de securitização de créditos imobiliários, quando submetidos a regime fiduciário.

A sub-rogação de dívida, da respectiva garantia fiduciária ou hipotecária e da alteração das condições contratuais, em nome do credor que venha a assumir tal condição também pode ser registrada na forma do disposto pelo art. 31 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997, ou do art. 347 do Código Civil.

O procedimento é realizado em ato único, a requerimento do interessado, devidamente instruído com documento comprobatório firmado pelo credor original e pelo mutuário, pela redação dada pela Lei nº 12.810, de 2013. O registro desse gravame permite a troca de propriedade do bem sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Já a lei 10.931/04, que dispõe sobre o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, introduziu a averbação da cessão de crédito imo-

24 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. *Op.cit.*, p. 32.

25 Art. 6º e §§, Provimento 16/2012, CNJ, derivado da ampla adesão do programa Pai presente.

biliário e o instituto da retificação administrativa, que é o modelo a ser utilizado pela usucapião extrajudicial. Na retificação, há a possibilidade de se corrigirem erros relacionados ao registro imobiliário, prescindindo de decisão judicial.

O divórcio e inventário extrajudiciais foram introduzidos pela Lei nº 11.441/07<sup>26</sup>, permitindo aos maiores capazes, sem filhos menores, com bens ou não, que se utilizassem dessa via de forma facultativa e célere para regularizar a situação de término da sociedade conjugal ou inventariar e repartir os bens deixados pelo *de cuius*.

Também podem seguir esses procedimentos o inventário negativo, que visa a dizer que o falecido não deixou bens, e para o divórcio com ou sem bens a partilhar, com o intuito de extinguir os deveres do casamento e decidir sobre pensão alimentar ao cônjuge e filho maior <sup>27</sup>.

Em 2008, a Lei nº 11.790 desjudicializou o procedimento de registro de nascimento após o prazo legal. A providência pode ser tomada pelo genitor ou pelo próprio interessado em ter seu assento de nascimento, em seu lugar de residência, com a assinatura de duas testemunhas. Caso o Oficial do registro não se convença acerca da identidade do registrando, pode exigir prova suficiente e realizar diligências complementares. Caso persista a dúvida, ele deverá remeter o procedimento à via judicial.

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), trazido pela Lei nº 11.977/09, permitiu aos detentores do título de legitimação de posse registrada, após cinco anos, a conversão em propriedade, pela modalidade de usucapião, sem a necessidade de processo judicial. Para áreas com mais de 250m<sup>2</sup>, o prazo da conversão da posse em propriedade é estabelecido na legislação específica sobre usucapião. A doutrina batizou o instituto de usucapião administrativo.

Ainda em 2009, a Lei nº 12.100 permitiu a correção de erros facilmente constatáveis pelo Oficial, mediante provocação ou mesmo sem, independentemente de qualquer pagamento, após manifestação conclusiva do Ministério Público, sem necessidade de intervenção judicial.

O CPC/2015 se manteve nessa linha e acrescentou novas hipóteses de desjudicialização.

---

26 Apesar de não ser o primeiro procedimento a ser desjudicializado, ele é apresentado como um marco da desjudicialização (RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. op. cit. p.3, CAVALCANTI NETO, Clóvis Tenório. op. cit. p.1; KOLLET, Ricardo Guimarães. **A Jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade**, 2009. Disponível em: <[http://www.portallibest.com.br/img\\_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf](http://www.portallibest.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2015. p.16).

27 Caso de filho maior universitário, ou se o genitor deseja, de forma graciosa, continuar a pensionar seu filho.

O art. 1.071 autoriza a desjudicialização do procedimento de usucapião. A postulação pode ser dirigida diretamente ao cartório do registro de imóvel, incorporando-se o rito para a usucapião na lei de registros públicos (Lei n. 6.015/73, art. 216-A)<sup>28</sup>. No caso de se judicializar a usucapião, não há mais previsão de rito específico, devendo seguir o procedimento comum.

Aliás, o código vigente, excluindo o procedimento especial para a ação de usucapião, apenas menciona o tema em três momentos: além da inserção na lei notarial mencionada acima, ao tratar da citação dos confinantes (que deverá ser pessoal, salvo quando o bem imóvel objeto do processo seja unidade autônoma de prédio em condomínio (art. 246 §3º) e ao prever a publicação de editais (art. 259, inciso I).

Não há mais menção explícita à participação dos entes públicos<sup>29</sup>, senão quando proprietários dos imóveis confrontantes, logicamente, nem do Ministério Público. De todo modo, é possível entender pela atuação ministerial nas hipóteses do artigo 178: interesse social (apenas se especialmente justificado, não pelo simples fato de ser um pleito *ad usucapionem*), interesse de incapaz (se este for proprietário ou possuidor) e litígios coletivos pela posse de terras (leia-se, para os fins deste trabalho, ações que buscam o usucapião coletivo).

Mesmo nos casos em que a legislação extravagante (Estatuto da Cidade e Lei 6.969/81) exigem obrigatória intervenção ministerial, é bastante questionável que esta se mantenha como requisito necessário tão somente pela previsão legal. Faz sentido, mesmo em tempos de um neoprocessualismo fortemente principiológico, atermo-nos à literalidade desses diplomas algo anacrônicos? Seguramente que não: a leitura deve ser feita à luz do novo Código de Processo Civil, inclusive em homenagem à economia processual.

Com o art. 1.071, além de outros dispositivos, o CPC/2015 consolida o movimento de desjudicialização. Outras passagens do Código que tratam do tema são:

a) art. 571 – permite que a demarcação e a divisão de terras possam ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados.

b) art. 703, § 2º – autoriza a homologação do penhor legal pela via extrajudicial.

<sup>28</sup> Enunciado n. 368 do FPPC: (art. 1.071) A impugnação ao reconhecimento extrajudicial da usucapião necessita ser feita mediante representação por advogado.

<sup>29</sup> Há, entretanto, entendimento no sentido da intimação dos mesmos, mesmo sem previsão legal (Enunciado 25 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A inexistência de procedimento judicial especial para a ação de usucapião e de regulamentação da usucapião extrajudicial não implica vedação da ação, que remanesce no sistema legal, para qual devem ser observadas as peculiaridades que lhe são próprias, especialmente a necessidade de citação dos confinantes e a ciência da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município”).

c) art. 733 – reproduz a regra então vigente no CPC/73, por força da Lei n. 11.441/2007, dispondo que o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública.

d) art. 610, § 1º – na mesma linha da Lei nº 11.441/2007, estabelece que se todos os herdeiros forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública.

e) art. 384 - estabelece que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Posteriormente à promulgação do NCPC, foi editada a Lei nº 13.112/2015, que aumentou o prazo para o pai registrar o nascimento de seu filho, de modo a igualar o prazo do pai ao da mãe.

Todos esses procedimentos, desjudicializados, acabaram integrados à cultura jurídica brasileira, de modo que a saída desses ritos do âmbito judiciário acabou mal sendo notada<sup>30</sup>, o que não vem ajudando a ampliação das discussões sobre as consequências que essas medidas vêm causando.

### 3. A NOVA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA EXTRAJUDICIAL

No Brasil, Leonardo Greco<sup>31</sup> cita a jurisdição voluntária extrajudicial, mas não adentra em suas minúcias.

Outros autores como Frederico Marques<sup>32</sup>, Lopes da Costa<sup>33</sup>, Edson Prata<sup>34</sup>, José Maria Tesheiner<sup>35</sup> e João Paulo Lucena<sup>36</sup> não citam essa modalidade de jurisdição, mas afirmam que os procedimentos presentes na LRP são de jurisdição voluntária.

Não vamos, neste texto, retornar à polêmica da natureza da jurisdição voluntária. Contudo, é importante registrar que o CPC/2015 manteve a nomenclatura. Digno de nota, ainda, é o fato de o legislador ter promovido um

30 STANCATI, Maria Maria Martins Silva. *Administração de conflitos na Jurisdição Voluntária Extrajudicial: subsídios doutrinários sobre sua possibilidade*. Dissertação de Mestrado. Estácio, 2016, 178 p.

31 GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

32 MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

33 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op.cit.

34 PRATA, Edson. A Jurisdição Voluntária no novo Código de Processo Civil. In: **Revista Forense**, São Paulo, v. 71, n. 251, pp. 403/408, 1975.

35 TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

36 LUCENA, João Paulo. **Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.



enxugamento do procedimento e eliminado o dispositivo que no CPC/73 impedia que as sentenças proferidas em tais procedimentos alcançassem a coisa julgada material<sup>37</sup>.

Trabalhamos, aqui, com o conceito segundo o qual a jurisdição voluntária tem natureza jurisdicional, tanto se exercida no seio do Poder Judiciário, como fora dele<sup>38</sup>.

Interessante a abordagem de Kollet<sup>39</sup>, para quem, diferentemente da Justiça reparadora (contenciosa), a justiça reguladora (voluntária) pode ser exercida pelos notários<sup>40</sup>.

Edson Prata<sup>41</sup> indica que os atos de jurisdição voluntária eram atribuídos aos juízes de direito, de menores e de paz. Sendo que, ao primeiro, cabe a jurisdição voluntária quando há desarmonia de interesses, o que ele chama de situações anormais ou anômalas.

Ao juiz de paz e ao notário, caberiam as situações normais, como o interesse de uma pessoa (testamento, declaração de nascimento...) ou de duas ou mais pessoas sem conflito (separação, notificação...). E, ao juiz de paz, cabe, ainda, a conciliação das partes que recorram ao seu juízo. Note-se que ficou duvidoso se a função do juiz de paz pode ser exercida pelo notário ou não, por isso, há a tese de que o notário poderia exercer o cargo de juiz de paz.

Lopes da Costa<sup>42</sup> afirma que os feitos de jurisdição voluntária estão distribuídos entre a autoridade administrativa e judiciária por um critério mais político do que jurídico. Indica que pela Lei Mineira nº 1.096/1959 eram tido por órgãos o juiz de paz, os oficiais do Registro Civil e os tabeliães, cabendo ao primeiro a conciliação entre as partes, além dos procedimentos de jurisdição voluntária como a justificação, a arrecadação provisória de bens, a habilitação e celebração de casamento, bem como a abertura de testamento quando o juiz de direito não podia fazê-lo.

---

37 Art. 1.111 do CPC/73. Isso significa, também, que agora é cabível o uso da ação rescisória em tais hipóteses, o que antes era obstado, também por esse dispositivo.

38 “Retirar a Jurisdição Voluntária dos órgãos jurisdicionais, não retira o caráter jurisdicional” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Jurisdição Voluntária estudada pela Teoria Geral do Processo*. In: **Revista do Processo**, São Paulo, v. 18, n. 69, p.31-62, 1993).

39 KOLLET, Ricardo Guimarães. **A Jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade**. 2009. Disponível em: <[http://www.portalibest.com.br/img\\_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf](http://www.portalibest.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2015, p. 8.

40 Para alguns seria, possível, até mesmo se falar em justiça notarial: CAVALCANTI NETO, Clóvis Tenório. **O notário moderno no cenário jurídico brasileiro e seu aspecto garantidor da prestação jurisdicional**. 2011. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2313>>. Acesso em: 03 fev. 2015, p. 4.

41 PRATA, Edson. Op. cit. p. 115-117.

42 LOPES DA COSTA. Op. cit. p. 71-75.

Quanto à função conciliatória, o notário e o registrador já exercem, por derivação, a tarefa de pacificação social do conflito. As partes podem ir à serventia com uma lide, e ele poderá aconselhá-las sobre o meio mais adequado para resolver aquele litígio, formalizando juridicamente sua vontade através de um documento dotado de fé pública.

Essa conclusão, que já era intuitiva e uma realidade prática, agora ganha previsão expressa na Lei de Mediação<sup>43</sup>.

Na realidade, também o novo Código de Processo reconhece esse importante papel de tais atores extrajudiciais, ao trazer a ata notarial como meio de prova típico. Sabidamente, a praxe forense habituou-se com o referido instrumento, no qual o tabelião lavra ata atestando a ocorrência de um fato, ou o modo como ocorreu. Pelo fato de ser um documento dotado de fé pública, reveste-se de maior valor probatório.

Ontologicamente, pode-se conceber que o código revogado previa autorização para que o delegatário declarasse fatos que ocorreram em sua presença (artigo 364 do CPC/73). No entanto, ainda que existisse regulamentação infralegal acerca do instrumento público em questão, a doutrina vinha se mostrando bastante assente quanto à atipicidade do referido meio probatório.

Diante desse panorama, o legislador preferiu delinear, de maneira breve, porém suficiente, a *ata notarial* no novo código, em seu artigo 384. Doravante, o requerimento do interessado ao tabelião para que ateste a existência do fato (ou seu “modo de existir”, menção inédita) sai do abstrato rol de provas atípicas e ingressa na literalidade normativa.

Interessante notar que o parágrafo único do dispositivo, atento à realidade moderna, permite que seja certificada, inclusive, a constatação de imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos (o que seguramente robustece alegações das partes sobre eventuais mensagens enviadas ou recebidas nas mídias sociais ou no celular, bem como vídeos e fotos), evitando que uma eventual perda desses voláteis arquivos implique em uma impossibilidade quase que absoluta de convencimento do magistrado.

Estando presente na Seção III do Capítulo XII do Código, destinado às provas, a ata notarial apenas se segue às disposições gerais e à produção antecipada de provas, antecedendo os meios probatórios típicos da atividade jurisdicional (depoimento pessoal, confissão, testemunhal...).

---

43 Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Confira-se o Art. 42: “Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

A topografia não se deu ao acaso: o novo meio típico pode gerar interesse mesmo que de maneira totalmente divorciada de um processo judicial – o que reafirma toda a tendência desjudicializante relatada. Bastará que o sujeito interessado perceba uma potencial utilidade probatória (ainda que distante), e que sua inércia momentânea possa resultar em um comprometimento dessa prova, desejando atestar um fato.

Da mesma maneira, pode facilitar a economia processual microscópica, evitando-se, por exemplo, a expedição de uma precatória para ouvir testemunha que more em local distante, ou, ainda, uma oitiva em domicílio de alguém que não poderia se dirigir ao fórum, dada alguma debilidade locomotiva.

Os exemplos são variados, sendo de relevo também o papel pacificador exercido pelo tabelião diante de conflitos colocados à sua observância – outra manifestação da importante dinâmica desjudicializante oriunda do acesso à justiça<sup>44</sup>.

#### 4. A FIGURA DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E O EXAME DO ART. 1.071 DO CPC/2015.

Passemos, então, à análise do atual panorama do instituto criado pelo novo código. Trata-se de uma construção legislativa absolutamente identificada com a realidade corrente da população brasileira, notadamente em cidades de interior ou em regiões socialmente desfavorecidas, onde o título de propriedade revela-se objeto raro.

Buscar-se-á a descrição do procedimento – não apenas conforme a lei, cuja redação prontamente gerou um leque de dúvidas práticas, mas também analisando as regulamentações ora existentes por parte das Corregedorias Gerais de Justiça dos tribunais de diversos entes federativos. Urge apontar, *ab initio*, que existem diversas disparidades entre esses instrumentos normativos secundários, razão pela qual, aliás, o Conselho Nacional de Justiça convocou audiência pública para o debate do tema, visando à sua salutar uniformização.

---

44 “Outro aspecto é o poder pacificador na presença de um tabelião em reuniões conflituosas, como de condomínio, associações ou sindicatos, além da relevância da fé pública da ata notarial por ele produzida em seguida à reunião. Mas há outras possibilidades ainda pouco exploradas: ata notarial relativa a estado do imóvel na entrega das chaves ou de obra não acabada; ata notarial para constatar abandono de um imóvel; ata notarial de constatação de acidentes, inundações, ou, em tempo de crise, para constatar que uma empresa encerrou suas atividades, que não atende telefone e não responde e-mails, muito útil para consumidores que tenham sido lesados e que queiram imediatamente atuar” (ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. *A ata notarial e a Usucapião Extrajudicial – considerações amadurecidas*. 23 set. 2016. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br>>. Acesso em: 14 out. 2016).

#### 4.1. Uma nova espécie de usucapião administrativa?

O dispositivo traz a desjudicialização da usucapião de forma ampla, inserida no art. 216-A da Lei de Registros Públicos. Navegou-se para além da hipótese trazida pela mencionada Lei n. 11.977/2009 (art. 60) – chamada de usucapião administrativa -, que já tem seu procedimento próprio.

Na modalidade, cuja vigência persiste, o detentor do título de legitimação de posse, nos moldes delineados pelo programa fundiário, pode, decorridos 5 anos<sup>45</sup>, requerer ao oficial de registros sua conversão em propriedade.

Evidentemente, estamos diante de uma espécie de usucapião, enquanto forma originária de aquisição da propriedade, desta vez dispensando a atuação jurisdicional.

Como exigências, estão declarações de que o pretense proprietário não possui outro imóvel, que utiliza aquele para sua moradia, e que é a primeira vez que adquire área urbana por usucapião, bem como certidões comprobatórias da ausência de ação pendente acerca da posse ou propriedade do bem. Tais requisitos escancaram a motivação social da norma, que densifica o direito social fundamental à moradia (artigo 6º da Constituição Federal).

É válido, aqui, um parêntesis terminológico, com duas breves observações. A primeira: há quem repute inadequada a tradicional sinonímia entre usucapião e prescrição aquisitiva, numa leitura minuciosa dos conceitos<sup>46</sup>.

A segunda: embora grande parcela dos autores apelide a inovadora modalidade do artigo 216-A da LRP de “usucapião administrativa”<sup>47</sup>, outros preferem restringir essa nomenclatura para a hipótese advinda do título de legitimação de posse, vez que este é proveniente de ato autenticamente administrativo<sup>48</sup> - alerta este com o qual estamos de acordo.

Verifica-se, portanto, um gênero, usucapião extrajudicial *lato sensu* (assim entendidos todos os procedimentos de reconhecimento de propriedade por essa modalidade de aquisição originária que dispensem ajuizamento da demanda judicial), de que são espécies a usucapião administrativa (ati-

45 O prazo pode, ocasionalmente, ser maior, seguindo os do Código Civil, caso a área supere os 250 metros quadrados (art. 60 §3º).

46 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 259, Set/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 371.

47 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1551.

48 A diferenciação, eminentemente técnica, já foi desenhada por GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 385.

nente à Lei do Programa Minha Casa Minha Vida, decorrendo da legitimação de posse) e a usucapião extrajudicial *stricto sensu* ou “reconhecimento extrajudicial de usucapião”, expressão selecionada pelo próprio código.

As circunstâncias caracterizadoras são, principalmente, as seguintes: (i) naquela, é requisito que a posse decorra de autorização administrativa formal, (ii) sendo exercida sobre bem público, (iii) com forte finalidade de regularização fundiária e efetivação do direito fundamental à moradia; nesta, (i) a posse pode se dar amparada por algum justo título ou não (a depender da espécie), (ii) sendo exercida sobre bem particular, (iii) sem direta ligação com programas sociais.

Outro exemplo predecessor do novel instituto, guardando similitude com a alcunha de “usucapião administrativo”, é a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória 2.220/01<sup>49</sup>. Trata-se de efetivação do direito fundamental à moradia mediante ato administrativo vinculado, e que, portanto, pode ser exigido em juízo<sup>50</sup>.

## 4.2. Amplitude do instituto

Fica bastante perceptível que o legislador não quis limitar o reconhecimento extrajudicial de usucapião a algumas de suas espécies. Presume-se, pois, a possibilidade de o pleito envolver qualquer modalidade, que deverá ser especificada no requerimento<sup>51</sup>.

É de se questionar, então, que haja alguma restrição no ato normativo infralegal. O provimento oriundo do TJ/RJ, por exemplo, é expresso ao permitir a desjudicialização genericamente, excepcionando apenas os casos “em que a lei exigir expressamente manifestação do Ministério Público”<sup>52</sup>.

Ora, como visto *supra*, o diploma processual vigente sequer se refere à participação do *Parquet* nas ações ordinárias em que se pleiteia a declaração da usucapião, de modo que, como regra, não sucederá intervenção obrigatória.

49 Reza seu art. 1º: “Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

50 “Art. 6º. O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial”.

51 Provimento 23/2016 CGJ/RJ, art. 10, parágrafo único: “O requerimento, que apontará a modalidade de usucapião pretendida e os fundamentos jurídicos do pedido, será assinado conjuntamente pelo interessado ou acompanhado de procuração deste, sem necessidade de reconhecimento de firma (...)”.

52 Provimento 23/2016 CGJ/RJ, art. 17: “Presentes os requisitos legais, é possível o reconhecimento extrajudicial das diversas modalidades de usucapião, salvo aquelas em que a lei exigir expressamente a manifestação do Ministério Público”.

Uma possibilidade de leitura é diferenciar os casos em que o Ministério Público deve ser intimado daqueles nos quais deverá efetivamente intervir, isto é, se manifestar. Contudo, acabará por se revelar algo irrelevante o cotejo, porque nas modalidades especiais de usucapião, previstas em legislação específica (Estatuto da Cidade<sup>53</sup> e Lei 6.969/81<sup>54</sup>), o Ministério Público deverá intervir. Surge, desse modo, um conflito indisfarçável: é legal e constitucional a restrição regulamentar do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro?

Nos parece que não: toda a *ratio* desjudicializadora delineada *supra* volta-se à facilitação da aquisição de direitos, procurando facilitar o acesso à justiça. Quando muito, para não ignorar a preocupação do legislador, pode-se imaginar uma atuação ministerial extrajudicial, no curso do procedimento (algo que, na prática, soa impensável) ou ao seu deslinde, numa espécie de função saneadora.

Interessante notar que o mesmo provimento administrativo carioca permite que o oficial, após a análise da documentação toda, entenda por reconhecer modalidade diversa da pleiteada, caso presentes os requisitos legais<sup>55</sup>.

Essa não adstrição (ou adstrição amplificadora) vem no sentido de facilitar a aquisição da propriedade, ultrapassando um apego burocrático que, eventualmente, ao cabo de todo o procedimento extrajudicial, pudesse entender por negar a usucapião requerida, quando poderia declarar a existência de outra espécie – efetivando o direito fundamental, objetivo último do instituto.

Sem dúvida, estamos diante de uma positivação, ainda que infralegal, de diversos valores caros ao atual ordenamento neoprocessual e plenamente aplicáveis a procedimentos extrajudiciais, sobretudo quando desjudicializantes. Haveria melhor exemplo de aplicação prática da economia processual macroscópica ou da duração razoável do processo (administrativo), diante desse imbróglio?

Outras regulamentações, embora não impeçam seu reconhecimento, estabelecem requisitos superiores para determinadas modalidades de usucapião. Nessa linha, o provimento do TJ/DFT exige, no caso de pleito de usucapião especial urbana ou rural, certidões negativas de propriedade expe-

---

53 Art. 12 §1º do Estatuto da Cidade: “Na ação de usucapião especial urbana, é obrigatória a intervenção do Ministério Público”.

54 Art. 5º §5º da Lei 6969/81: “Intervirá, obrigatoriamente, em todos os atos do processo, o Ministério Público”.

55 Provimento 23/2016 CGJ/RJ, art. 26, parágrafo único: “O Oficial não está adstrito à modalidade de usucapião eleita pelo requerente e poderá reconhecer os pressupostos de outra, caso presentes os requisitos legais”.

didadas pelos cartórios de registro de imóveis do ente federativo e declaração dos próprios requerentes de que não possuem outro imóvel<sup>56</sup>.

Aqui, antes de restringir o acesso à justiça impondo exigências *contra legem*, prestigia-se a segurança jurídica, tão somente importando para o procedimento extrajudicial a comprovação dos requisitos estabelecidos na legislação civil para a aquisição da propriedade.

Similar é o que ocorre na minuta de provimento do CNJ<sup>57</sup>, a ser debatida nas audiências públicas, o qual exige, na hipótese de se buscar a usucapião familiar (entre cônjuges – artigo 1.240-A do Código Civil), apresentação da sentença transitada em julgado reconhecendo o abandono do lar<sup>58</sup> e a prova da propriedade em comum.

Não parece bastar uma sentença que decrete o divórcio, por exemplo (a menos que, *obiter dictum*, mencione essa peculiar circunstância), de modo que poder-se-ia cogitar de uma ação declaratória como condição necessária para o proceder extrajudicial. Até se pode argumentar que, ainda assim, o desenrolar do feito se mostrará mais abreviado que o da ação de usucapião, tradicionalmente morosa. Porém, não se negue que a exigência (agravada com a necessidade do trânsito em julgado) soa desarrazoada. É de se questionar, por tudo isso, se não seria possível a alternativa de atestar essa condição por meio da ata notarial, seja a mesma que trata da posse ou uma outra, autônoma – caso o tabelião não se mostrasse satisfeito, restaria o caminho da dúvida ou o pleito judiciário.

Por fim, cumpre observar que o instituto se destina, *de lege lata*, apenas a bens imóveis. É o que se extrai da literalidade do artigo 216-A, bem como dos próprios requisitos por ele enunciados. *De lege ferenda*, contudo, o reconhecimento extrajudicial da aquisição de bens móveis homenagearia o acesso à justiça de igual maneira – mormente, porque a anuência do pretérito proprietário é condição básica para lançar mão do procedimento, de modo que não haveria, a princípio, prejuízo para qualquer dos particulares.

56 Provimento 10/2016 CGJ/DFT, art. 3º, parágrafo único: “Se o pedido de reconhecimento se referir a usucapião especial urbano ou rural, o requerente e seu cônjuge ou companheiro deverão apresentar certidões negativas de propriedade expedidas pelos cartórios de registro de imóveis do Distrito Federal, bem como declaração, com firmas reconhecidas em cartório de notas do Distrito Federal, de que não são proprietários de imóvel rural ou urbano”.

57 Texto disponível para consulta pública no seguinte endereço: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/ec1e95ba2c6aacf760c5697be977fe95.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

58 A doutrina não é uníssona quanto ao conceito de abandono do lar, havendo quem o observe apenas sob a ótica do distanciamento físico, e quem exija que venha acompanhado do desamparo material. A discussão da culpa na separação, entretanto, se considera extinta pela EC 66/10.

### 4.3. A solução judicial: uma via sempre aberta?

A nova usucapião extrajudicial igualmente não compromete a provocação judicial da questão, ainda que após a instauração do procedimento junto ao cartório. Aliás, mesmo após a negativa definitiva em cartório, a lei deixa margem para o ajuizamento da pretensão<sup>59</sup> (embora não precisasse fazê-lo: a inafastabilidade constitucionalmente estatuída não permitiria outra conclusão). Nada de contencioso administrativo obrigatório, portanto.

Mais uma interrogação é deixada: durante o desenrolar do procedimento extrajudicial, seria possível o ajuizamento? A princípio, a resposta teria de ser positiva, vez que não há vedação legal e, menos ainda, constitucional. Contudo, uma leitura atenta do interesse de agir autorizaria conclusão diversa, sob pena de sobrecarregar o Judiciário com pedido que eventualmente seria resolvido de forma mais célere antes mesmo da resposta impositiva do juiz<sup>60</sup>. É ultrapassada a quadra do acesso irrestrito, porque irracional, ao Judiciário.

Evidentemente, em havendo alguma peculiaridade que justifique a provocação da jurisdição, como uma excessiva demora na resposta do tabelião ou exigências probatórias infundadas do mesmo, abre-se a via em questão (inclusive, por meio do mandado de segurança, caso se objetive apenas o prosseguimento do procedimento extrajudicial, na forma da lei).

Seja como for, reitera-se que o pedido negado em sede cartorária pode ser dirigido ao Judiciário, por meio de uma ação ordinária de usucapião.

### 4.4. Requisitos do requerimento

O que se percebe, com uma análise perfunctória do instituto, é uma autêntica saída extrajudicial, na qual o tabelião praticamente terá somente

<sup>59</sup> Art. 216-A, § 9º: “A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião”.

<sup>60</sup> “Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito. Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito. Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate às portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5o, inciso XXXV da Carta de 1988. O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica” (PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 5, jan/jun 2010, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>).



que certificar a regularidade da situação. No entanto, a inovação foi tímida – ou, melhor dizendo, prudente –, impondo exigências variadas.

Embora o art. 216-A não diga expressamente, rapidamente se percebeu que o requerimento deve se adequar à forma de uma *petição inicial*, no que couber, indicando, além dos documentos exigidos pela lei, a modalidade de usucapião pleiteada, nome e qualificação dos possuidores, a matrícula do imóvel (quando não houver, basta informar tal situação), valor atribuído ao imóvel e eventuais edificações, benfeitorias ou acessões<sup>61</sup>.

O pedido deve estar acompanhado da prova documental<sup>62</sup> indicada no dispositivo, devendo ser feito por meio de advogado, qualificado na petição – o que impõe mais um requisito: a *procuração*, outorgada por instrumento público ou particular<sup>63</sup>. O aceno acerca do patrono é relevante porque em seu nome serão dirigidas notificações no curso do procedimento<sup>64</sup>.

#### 4.5. Documentos necessários

A lista começa pela *ata notarial* lavrada pelo tabelião (de notas<sup>65</sup>), atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias. Ou seja, anteriormente ao pedido de reconhecimento da aquisição da propriedade, o interessado deverá ter pleiteado que um notário certifique há quanto tempo possuía o bem e em que condições.

Inicial questionamento não respondido pela lei diz respeito ao cartório autorizado a confeccionar a ata: será apenas aquele da circunscrição do imóvel ou qualquer outro?

A princípio, qualquer tabelião poderia atestar o tempo de posse, se convencido disso. No entanto, o requisito está longe de ser banal, podendo se mostrar, em concreto, mais complexo e trabalhoso. Isso porque, para que se ateste o período de posse, o tabelião pode diligenciar no local, indagando

61 O Código não inaugurou esses requisitos, mas é presumível que integrem o pedido, de modo que o art. 3o da minuta do CNJ os elenca.

62 A minuta de provimento do CNJ ousou ao exigir que os documentos sejam apresentados no original, sem paralela imposição legal. Deveriam bastar cópias autenticadas.

63 O Provimento do TJDFT obriga a outorga de poderes especiais (art. 2o, §1o). A minuta do CNJ, por sua vez, exige reconhecimento de firma, na procuração por instrumento particular (art. 2o, §1o).

64 É a previsão do provimento mineiro e do art. 4o da minuta do CNJ, o qual aduz, ainda que o não atendimento dessas notificações é capaz de caracterizar omissão apta a arquivar o pedido e cancelar as prenotações. Diante dessa consequência relevante, não soa exagerado que, em um juízo de razoabilidade, o tabelião notifique pessoalmente o interessado, sobretudo quando o procedimento já estiver com andamento avançado.

65 Subsidiariamente, por vezes se admite a destinação do pedido ao oficial de registro civil, nas comarcas em que não houver tabelionato de notas. É o caso do estado de Alagoas, em razão do art. 27 da Lei Estadual 5.627/94.

peças próximas e afins, para além de verificar o suposto exercício por provas documentais, das mais variadas (fotos, comprovante de pagamento de impostos reais, etc.), se na circunscrição municipal a ele delegada<sup>66</sup>.

Essa aparente faculdade, no entanto, pode vir a se tornar uma obrigação – ou um poder-dever.

Certas regulamentações, inclusive, assim o previram, de maneira explícita<sup>67</sup>, sempre às expensas do requerente<sup>68</sup>. Isso porque é difícil imaginar que seja verificada com precisão a posse do pleiteante sem que haja uma análise *in loco*. Na ata, então, constará a descrição objetiva da diligência, bem como aspectos de relevo, como declarações de possuidores e proprietários de imóveis confinantes ou de outros terceiros, ou, ainda, o valor do imóvel, como declarado pelos interessados<sup>69</sup>.

Porém, nada impede que a ata notarial seja confeccionada, como alertado, em repartição mais distante do imóvel<sup>70</sup>, se dentro da circunscrição territorial municipal – fundamental é apenas que haja a fé pública que lhe é inerente. Em suma: há discricionariedade, porém mitigada, por parte do possuidor.

Perfeitamente possível, também, que tal ata venha a ser levada em conta como elemento probatório pelo magistrado, caso se opte por judicializar a questão em algum momento, o que torna inegável a utilidade prática do recém-acrescentado meio típico de prova. A legislação permite, ainda, que o tabelião esclareça casos de sucessão, geral ou particular<sup>71</sup>, na posse daquele bem – o que só soa crível quando inexistirem discussões mais acaloradas, a demandar solução judicial.

O segundo requisito legal é a *planta* e o *memorial descritivo* assinado por profissional legalmente habilitado (isto é, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional) e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos regis-

66 A limitação vem no art. 9º da Lei 8.935/94: “O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação”, como reconhecido pelo provimento carioca e pelo baiano.

67 É como tratou do tema o Provimento 35/2016 da Corregedoria Geral de Justiça do TJ/AL (art. 3º, 3º).

68 Art. 2º Provimento CGJ/RJ e Provimento Conjunto CGJ/CCI 02/2016 da Bahia, por exemplo. Frise-se, ademais, que a ata notarial tem valor econômico, devendo os emolumentos ser fixados com base no valor do imóvel (previsão da regulamentação baiana).

69 Caso haja divergência acerca do valor real do bem, o provimento alagoano instituiu que “caberá ao interessado fazer acostar ao pedido 02 (dois) laudos de avaliação elaborado por profissional com inscrição junto ao respectivo conselho de classe, contendo o valor de mercado do imóvel” (art. 2º, §1º do Provimento 35/2016 CGJ/AL).

70 O Provimento 23/2016 da Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RJ, que regulamenta o usucapião extrajudicial, contém previsão expressa em seu art. 1º: “A ata notarial para fins de reconhecimento extrajudicial de usucapião será lavrada por Tabelião de Notas de livre escolha das partes”.

71 A diferença é dada pelo Código Civil: “Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”.

trados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Uma leitura do dispositivo legal permite dividi-lo em dois documentos: (i) a planta e (ii) o memorial descritivo. Este último deve vir assinado (ii.a) pelo profissional (em todos os casos), bem como por eventuais detentores de direitos reais registrados ou averbados na matrícula (ii.b) do usucapiendo e (ii.c) dos confinantes.

Desse modo, tem-se, como *elementos obrigatórios/necessários*, a planta e o memorial descritivo, com a assinatura do profissional habilitado; e, como *elementos acidentais/eventuais*<sup>72</sup>, as assinaturas dos titulares de direitos reais constantes na matrícula do bem pleiteado e dos confinantes.

O legislador, de fato, não foi exatamente didático (poderia ter separado os dois documentos, dedicando um inciso para cada um, desfazendo qualquer confusão). De todo modo, a lei, vista à luz do texto, nos leva a concluir neste sentido: não é dito “planta e memorial descritivo assinados”, mas “planta e memorial descritivo assinado”. Causa espécie, então, que o parágrafo 2º fale que a planta deve estar assinada pelos titulares de direitos reais.

No entanto, ao observar a regulamentação do procedimento por diversos Tribunais de Justiça, encontram-se interpretações diferentes. O provimento carioca, por exemplo, exige que a planta seja assinada pelos titulares de direitos reais e pelo profissional, enquanto o memorial descritivo o seja apenas pelo profissional<sup>73</sup>. Por outro lado, a minuta do CNJ exige que ambos os documentos sejam assinados por todos os sujeitos mencionados.

A assinatura do profissional legalmente habilitado<sup>74</sup> possui a clara finalidade de, além de dar respaldo técnico para o tabelião, atrair para si a responsabilidade oriunda de fatos inverídicos, verificados mesmo que após o término do procedimento<sup>75</sup>. É razoável, pois, que o registrador necessite da certificação, ainda que na planta, do profissional que a confeccionou. Na prática, de todo modo, é difícil imaginar a apresentação de uma planta minimamente precisa e técnica sem a referida rubrica.

---

72 No caso de imóveis rurais, certos provimentos, como o distrital (art. 6º), acrescem necessidade de verificações ulteriores, inclusive pelo INCRA.

73 Artigo 10, parágrafo único do Provimento CGJ/RJ 23/2016.

74 A minuta de provimento do CNJ esclarece o que seria a habilitação: prova da anotação de responsabilidade técnica (ART) ou registro de responsabilidade técnica (RRT) no conselho profissional respectivo (art. 2º, inciso II). O Provimento 10/2016 da CGJ/DFI, por sua vez, se satisfaz com uma declaração do referido conselho profissional (art. 6º, §1º).

75 O artigo 2º, §2º do Provimento 35/2016 da CGJ/AL assim o prevê, de modo expresso.

Muito mais polêmica é a necessidade de assinatura dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e dos imóveis confinantes. A redação final do dispositivo, modificando o substitutivo da Câmara dos Deputados, passou a exigir a anuência dos proprietários e de demais titulares de direitos reais.

Quanto a estes últimos, é preferível uma interpretação à luz do acesso à justiça, de modo que aqueles que possuem direitos reais diversos da propriedade e não afetados diretamente pela usucapião (exemplo: direito de uso), ainda que silentes, não impediriam, *de per sí*, o reconhecimento extrajudicial da aquisição de propriedade. A minuta do Conselho Nacional de Justiça é, nesse particular, de se aplaudir, ao colocar a cláusula “desde que haja relevância no procedimento de reconhecimento da usucapião”<sup>76</sup>.

No mesmo sentido, dar-se-ia a discordância dos titulares de direitos reais sobre os imóveis confinantes, que dificilmente seriam afetados, no seu patrimônio jurídico, pela mudança de proprietário, quando, note-se, a posse já é exercida por longo período pelo pleiteante<sup>77</sup>.

Imaginar que uma postura procrastinatória ou indiferente desses sujeitos pudesse impedir, plenamente, a efetivação do direito do requerente ofende a proporcionalidade frontalmente. Logicamente, diante do caso concreto, caso o tabelião (que, aliás, deverá buscar a conciliação diante desse quadro fático) perceba uma justificável resistência, poderá optar por suscitar dúvida ou, lançando mão da lei puramente, negar o pedido, deixando-o a cargo do Judiciário.

A inércia do proprietário, por sua vez, impõe solução diversa: apenas será possível o instituto debatido se houver consentimento expresso destes. Trata-se de autêntica escolha legislativa que, embora discutível, é clara – mas, também, prudente.

De modo a evitar impugnações ulteriores, é preferível que todas as assinaturas referidas (profissional e titulares de direitos reais do imóvel e dos confinantes) constem em ambos os documentos (planta e memorial descritivo), ou, esta uma solução mais atenta aos princípios do novo processo civil,

---

<sup>76</sup> Redação do art 2º, II, *in fine*.

<sup>77</sup> O art. 12, §§5º e 6º, do Provimento 23/2016 da CGJ/RJ elenca, nessa linha, hipóteses de dispensa da anuência dos confrontantes: “§ 5º. É dispensada a anuência dos confrontantes quando o imóvel usucapiendo for unidade autônoma cujos limites, perfeitamente discriminados no assento imobiliário, coincidam com a descrição no memorial de que trata o artigo 10, inciso III, salvo no caso de unidades em sobrados e assemelhadas, segundo prudente critério do Oficial. § 6º. É igualmente dispensada a anuência dos confrontantes quando o imóvel usucapiendo for área cujos limites, perfeitamente discriminados no assento imobiliário, coincidam com a descrição no memorial de que trata o artigo 10, inciso III”.

que se satisfaça a exigência de anuência com a rubrica em qualquer dos dois documentos, na ata notarial ou em documento apartado<sup>78</sup>.

Em permanecendo silentes os referidos titulares de direitos, o oficial de registro os notificará, pessoalmente ou por via postal com aviso de recebimento<sup>79</sup>, para, em 15 dias<sup>80</sup>, consentir expressamente com o pleito. O grande cerne da questão é que, decorrido tal prazo, o parágrafo 2º do novel artigo 216-A estatui que será concluída sua discordância – o que significa dizer: restará impossível o prosseguimento extrajudicial. Sua anuência é *conditio sine qua non*<sup>81</sup>.

Rapidamente, surgiram vozes criticando a opção. Chega-se a alegar, de maneira interessante, sua inconstitucionalidade formal, porque, antes da redação final, o referido dispositivo, na Câmara, nada dizia a respeito da interpretação do silêncio como discordância.

A título de emenda redacional no Senado, explicitou-se a imprescindibilidade da concordância, o que, para essa corrente<sup>82</sup>, representaria uma reforma material do projeto sem retorno à Casa Legislativa anterior. Ademais, argumenta-se que o usucapião, instituto que está umbilicalmente ligado à inércia do proprietário, para ser reconhecido extrajudicialmente dependeria de uma postura positiva desse mesmo proprietário, o que seria uma incongruência clamorosa.

Não se discute que o instituto poderia ser mais amplo e que, efetivamente, em um sem número de casos o titular da propriedade poderá obstaculizar a aquisição da propriedade em cartório. Contudo, repita-se, é a indisfarçável opção do legislador, que, a bem da verdade, previne modificações de propriedade temerárias.

Igualmente, não é verdade que o instituto será meramente acadêmico: não é raro, notadamente nas comarcas do interior, que a “propriedade” de

<sup>78</sup> “A anuência dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo, e nas matrículas dos imóveis confinantes, poderá ser certificada na própria ata notarial, ou prestada em documento apartado, público ou particular, com reconhecimento de firma, declarando-se o conhecimento da planta e do memorial descritivo e a concordância com o procedimento” (art. 12 Provimento 23/2016 CGJ/RJ). Na minuta do CNJ, admite-se a anuência “a qualquer momento, em documento particular com firma reconhecida” (art. 5º, §5º).

<sup>79</sup> Explícita o provimento distrital que “a notificação será dirigida ao endereço fornecido pelo requerente ou ao endereço do próprio imóvel confinante” (art. 8º, parágrafo único).

<sup>80</sup> Quanto ao termo inicial do prazo, o provimento alagoano é o mais didático: “o prazo para os titulares de que trata o parágrafo antecedente manifestarem seu consentimento expresso, é de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação pessoal, ou se for o caso, da devolução do Aviso de Recebimento, interpretando-se o seu silêncio como discordância” (art. 7º, §2º).

<sup>81</sup> “Considera-se anuente o proprietário que tenha concordado prévia e documentalmentemente com a transmissão da posse ou propriedade do imóvel, desde que haja reconhecimento de firma ou registro público, e não haja dúvida quanto à identificação do imóvel” (art. 12 §3º Provimento 23/2016 CGJ/RJ).

<sup>82</sup> PEREIRA, Felipe Pires. A interpretação do silêncio na usucapião extrajudicial do novo CPC. **Consultor Jurídico**, 9 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-09/interpretacao-silencio-usucapiao-extrajudicial-cpc->>.

certos bens seja passada informalmente, sem qualquer registro, inclusive por quem sequer a possui, formalmente.

São os “contratos de posse”, investimentos da economia de toda uma vida de milhares de brasileiros carentes, mas que, juridicamente, pouco ou nada significam (e que demandavam, por isso, ajuizamento de ações de usucapião). A usucapião extrajudicial, nesses casos, afigura-se completamente possível e recomendável: muitas vezes, aliás, o atual possuidor possui contato com o proprietário formal, que jamais se oporá a facilitar a regularização.

Atento a isso, foi brilhante o protótipo da Ministra Nancy Andrighi, enquanto corregedora nacional de justiça, ao prever que o consentimento pode ser considerado outorgado de maneira expressa mesmo diante do silêncio do proprietário e mesmo sem a notificação mencionada, quando existir (i) título ou instrumento que demonstre a existência de uma relação jurídica com o titular do direito real<sup>83</sup>, (ii) acompanhada pela prova da quitação da obrigação, (iii) e da certidão negativa de ação judicial contra o usucapiante ou seus cessionários. Deve-se, de resto, justificar o óbice que impede a correta escrituração, para impedir a burla dos procedimentos notariais pela via da usucapião. Ao registrador, caberá, lançando mão de seu livre convencimento, proferir decisão fundamentada acerca da validade dos documentos e da inexistência de lide.

Em suma: é o fim das ações de adjudicação compulsória, absolutamente comuns em casos nos quais existe o instrumento de promessa de compra e venda e a prova da quitação, decorrida, por vezes, há décadas, mas sem a posterior formalização da transferência da propriedade. Só esse passo bastaria para atribuir imensa utilidade ao instituto.

O fato de o proprietário ser falecido, de resto, não impede o procedimento analisado, bastando a assinatura dos seus herdeiros legais, acostando-se a declaração de únicos herdeiros<sup>84</sup>. Trata-se de manifestação do princípio da *saisine*, sendo tais sucessores os autênticos proprietários do bem, em conjunto, desde a morte.

---

83 Diz o §1º: “São exemplos de títulos ou instrumentos a que se refere o *caput*: a) Compromisso de compra e venda; b) Cessão de direitos e promessa de cessão; c) Pré-contrato; d) Proposta de compra; e) Reserva de lote ou outro instrumento no qual conste a manifestação de vontade das partes, contendo a indicação da fração ideal, do lote ou unidade, o preço, o modo de pagamento e a promessa de contratar; f) Procuração pública com poderes de alienação para si ou para outrem, especificando o imóvel; g) Escritura de cessão de direitos hereditários especificando o imóvel; h) Documentos judiciais de partilha, arrematação ou adjudicação”.

84 Atentaram muito bem para esse aspecto, de forma expressa, o Provimento da 05/2016 CGJ/AC e 35/2016 da CGJ/AL (art. 5o de ambos).

O terceiro requisito documental previsto pela lei são as *certidões negativas dos distribuidores* da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, buscando evitar reconhecimento extrajudicial de uma propriedade já pleiteada ou em debate em demanda autônoma (na linha da vedação do artigo 557, bem como para fins de se atestar, sem receio, a natureza pacífica da posse).

Assevera a minuta do CNJ que as referidas certidões devem ser em nome do usucapiente, do requerido, dos demais possuidores (caso seja hipótese de sucessão da posse, cujo tempo se some ao do pleiteante), sempre acompanhadas das dos seus cônjuges.

Na verdade, também o requerimento deve ser feito pelo casal, excetuados os casos em que o cônjuge não seja proprietário ou meeiro do bem pleiteado<sup>85</sup>. Outrossim, os consentimentos dados pelos titulares de direitos reais, salvo as mesmas hipóteses.

Não faria sentido amparar uma conduta negativa quando sequer pudesse exercer as faculdades do domínio. Incogitável, portanto, a aplicação analógica do artigo 1.647 do Código Civil, incisos I e II, uma vez que não se trata de alienação de bem imóvel nem de judicialização acerca desses bens. De todo modo, ainda que se o aplicasse, o regime patrimonial merecerá atenção (uma união construída com base na separação absoluta jamais teria qualquer implicação nesse aspecto).

Quarto e último requisito advindo da normatização do novo código é o *justo título ou quaisquer outros documentos* que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. Constitui-se verdadeira cláusula geral a ser preenchida *in concreto*, trazendo à baila qualquer demonstração relevante sobre a posse ensejadora da declaração de usucapião (suas características são conhecidas: mansa, pacífica, contínua)<sup>86</sup>.

Naturalmente, em sendo hipótese de pleito de modalidade especial, como o ordinário, o justo título será elemento necessário. Da mesma maneira, na usucapião especial (urbana ou rural), a certidão negativa de proprie-

85 Veja-se o art. 2º, §2º do Provimento da CGJ/DFT: “O interessado necessitará do consentimento do cônjuge, salvo se forem casados sob o regime de separação absoluta de bens, ou do companheiro, se for comprovada a existência de união estável”. É uma importação do art. 73 do diploma processual (“o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens”) para o procedimento extrajudicial.

86 A corregedoria geral de justiça do Rio de Janeiro enunciou outros elementos, exemplificativamente, como “recebimento de correspondências, instrumentos de compra e venda ou promessa de compra e venda, declarações de imposto de renda que citam o imóvel, verificação pelo Tabelião de Notas de construções e plantações realizadas pelos ocupantes, ou outros elementos que fizer constar da ata notarial”(art. 10, parágrafo único, I do Provimento 23/2016).

dade em nome dos usucapientes revela-se fundamental<sup>87</sup>. O importante é a satisfação das exigências de direito material.

As regulamentações infralegais trouxeram outros requisitos, como a *procuração* para o advogado (logicamente, em sendo assistido por defensor público, a mesma estará dispensada), a *prova de anotação no conselho profissional* do subscritor da planta e do memorial, e elementos específicos. Trata-se de verdadeiro rol exemplificativo oriundo da necessidade probatória junto ao tabelião, perfeitamente inserível no inciso IV do artigo 216-A do diploma registral.

Se faltar algum dos documentos, cabe ao oficial de registro formular nota devolutiva e entregá-la ao requerente, para que sane a omissão.

#### 4.6. Ciência aos entes federados e demais interessados

Deverá o tabelião, recolhidos os elementos mencionados, providenciar as notificações das Fazendas Públicas (Federal, Estadual e Municipal), para que se manifestem<sup>88</sup> em 15 dias<sup>89</sup>. O meio de comunicação aqui também é o próprio oficial (na notificação pessoal) ou o correio, com aviso de recebimento<sup>90</sup>.

A diferença para a notificação dos titulares de direitos reais silentes é que, no caso dos entes fazendários, o decurso do prazo sem manifestação implica concordância com o pedido.

---

87 O Provimento 10/2016 da CGJ/DFT é expresso nesse sentido: “Se o pedido de reconhecimento se referir a usucapião especial urbano ou rural, o requerente e seu cônjuge ou companheiro deverão apresentar certidões negativas de propriedade expedidas pelos cartórios de registro de imóveis do Distrito Federal, bem como declaração, com firmas reconhecidas em cartório de notas do Distrito Federal, de que não são proprietários de imóvel rural ou urbano” (art. 3º, parágrafo único).

88 Como bem ressalta Albuquerque Junior: “Vale ressaltar um ponto importante da regulamentação normativa: se o confinante ou titular de direitos reais não se manifestar, não se presume sua anuência. A solução adotada é oposta à vigente na retificação extrajudicial, em que o silêncio do confinante notificado implica concordância tácita (Lei de Registros Públicos, artigo 213, parágrafo 5º). Com a cautela legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento da efetividade. Um estudo estatístico que analise o número de retificações administrativas em comparação com o de contestações judiciais posteriores pode servir para confirmar a solução do novo artigo 216-A, ou para indicar a necessidade de sua reforma posterior. Se qualquer das partes interessadas apresentar impugnação, o registrador remeterá os autos ao juízo competente, para apreciação. Nesse caso, cabe a emenda da inicial, para ajustá-la às exigências do processo judicial. Se a documentação é insuficiente e o requerente não se conformou com as exigências formuladas, pode requerer a suscitação de dúvida (Lei de Registros Públicos, artigo 198), para que o juiz decida, no âmbito administrativo” (ALBUQUERQUE, JÚNIOR, Roberto Paulino de. O usucapião extrajudicial o novo Código de Processo Civil. Consultor Jurídico, 18 mai. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>).

89 A disciplina dada pela Corregedoria Geral de Justiça da Bahia causa espécie, neste ponto, ao permitir a dilatação do prazo até 30 dias, a depender da complexidade do caso e da quantidade de documentos. Com todas as vênias, a previsão afigura-se ilegal, embora dotada de intenção presumivelmente boa (art. 1.421 do Código de Normas e Procedimentos Notariais e de Registro do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia).

90 Cumpre, porém, uma proposta: o oficial que confeccionasse a ata notarial poderia, antecipando o aviso acima, notificar os entes em questão, de modo que, decorridos 15 dias, seria dispensável nova comunicação.



A lei prevê, além disso, a publicação de edital em jornal de grande circulação para dar ciência a terceiros eventualmente juridicamente interessados, para se manifestarem, sempre em 15 dias. O grande questionamento, neste ponto, é: e onde inexistir o referido meio de dar publicidade?

A resposta vem dada por diversos provimentos. Na Bahia e no Acre<sup>91</sup>, por exemplo, optou-se por preconizar a divulgação em jornal de circulação regular na comarca mais próxima à serventia extrajudicial. Em outros estados, a solução é fixar cópia do edital no átrio da serventia<sup>92</sup>.

No Rio de Janeiro, mantém-se a publicação em jornal do próprio município de circulação diária, ainda que não considerado de grande circulação<sup>93</sup>, enquanto a proposta do CNJ fala em jornal de outra localidade com grande circulação no município do imóvel<sup>94</sup>.

Afigura-se preferível o meio com maior capacidade real (e não retórica) de notificação: em geral, na própria circunscrição, sendo recomendável também que se faça por outros instrumentos<sup>95</sup>, inclusive digitais, como na internet.

#### 4.7. Casos de dúvida

Em havendo dificuldade por parte do registrador, nem por isso a via extrajudicial será extinta. A lei fala que, em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida (parágrafo 5º). Outra solução, se não estiver convicto da realidade fática, é a realização de diligências no local do bem, uma opção do tabelião<sup>96</sup> (parágrafo 7º).

São soluções para problemas diversos: a dúvida é a remessa para o juiz para que decida sobre ponto específico em procedimento registral, sendo dotada de natureza administrativa, jamais impedindo a impugnação judicial da mesma matéria (artigo 204 da LRP), enquanto as diligências servem para auxiliar o tabelião na percepção das circunstâncias acerca da posse alegada, contribuindo para sua decisão. Naquela, decide o juiz; nesta, o oficial de registro.

91 Art. 9º, parágrafo único, do Provimento 5/2016 CGJ/AC e art. 1.442, §1º, do Código de Normas baiano.

92 Provimento 35/2016 CGJ/AL, art. 9, parágrafo único.

93 Art. 23, parágrafo único, do Provimento 23/2016 CGJ/RJ.

94 Art. 8º, §2º da minuta do CNJ.

95 O Código de Normas da Bahia menciona a anacrônica faculdade de divulgação via rádio (art. 1.421, §2º).

96 Afigura-se chocante com a disciplina legal, nesse aspecto, o provimento alagoano, que fala que o oficial “deverá” realizar diligências, quando o código foi claro ao empregar o verbo “poderá”.

Há, ainda, a possibilidade de se suscitar dúvida inversa, por parte do requerente, caso discorde do tabelião, buscando que o juiz determine que realize determinado ato<sup>97</sup>.

#### 4.8. Acolhimento do pedido

Presentes os requisitos todos e convencido o tabelião, este registrará a aquisição na matrícula existente ou, se não houver, abrirá uma nova.

Eventualmente, serão necessárias providências outras. Pode ocorrer, por exemplo, de a área registrada divergir da alegada, de modo que será necessária a precedente retificação da mesma. Igualmente, em se tratando de área rural, certa documentação específica será exigida<sup>98</sup>.

Note-se que variadas regulamentações de corregedorias esmiuçaram hipóteses específicas que possam vir a ocorrer, na prática: parcelamento irregular do solo<sup>99</sup>, usucapião de área maior que a constante na matrícula<sup>100</sup>, existência de restrições administrativas sobre o bem<sup>101</sup>, dispensa do “habite-se”<sup>102</sup>, entre outras.

#### 4.9. Rejeição do pedido *versus* impugnação do pedido

Apresentado o pleito, pode ser o caso de o pedido ser rejeitado. Sucederá quando faltar algum documento, sem complementação no prazo aberto pelo registrador. Para o requerente, ficam abertas duas vias: a renovação do pedido (quando, por exemplo, deixou de juntar a planta) ou o ajuizamento de ação.

<sup>97</sup> O Código de Normas da Bahia, em seu art. 1.426, §2º, o prevê, expressamente.

<sup>98</sup> Diz a minuta do CNJ, em seu artigo 10, §1º: “o registro do reconhecimento extrajudicial de usucapião de imóvel rural somente será realizado após a apresentação: I – do recibo de inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural (CAR) de que trata o art. 29 da Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, emitido por órgão ambiental competente, esteja ou não a reserva legal averbada na matrícula imobiliária, fazendo-se expressa referência, na matrícula, ao número de registro e à data de cadastro constantes daquele documento; II – do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) mais recente, emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), devidamente quitado; III – da certificação expedida pelo INCRA de que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georeferenciado e de que o memorial atende às exigências técnicas, conforme as áreas e os prazos previstos na Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001, e nos seus decretos regulamentadores.

<sup>99</sup> Provimento 10/2016 CGJ/DFT, art. 15, parágrafo único: “Quando existir parcelamento irregular do solo para fins urbanos sobre o imóvel ou parte dele, essa informação constará da matrícula e serão admitidos posteriormente apenas os atos tendentes ao registro do parcelamento do solo aprovado pelo órgão competente do Distrito Federal”.

<sup>100</sup> Provimento 23/2016 CGJ/RJ, art. 26: “Presentes os requisitos de configuração da usucapião, caberá ao Oficial do Registro de Imóveis: III- Averbar o destaque da área objeto da usucapião no assento de origem, caso recaia sobre porção de maior área, mencionando o número da matrícula aberta”.

<sup>101</sup> Provimento 260/2013 CGJ/MG (alterado pelo Provimento 325/2016), art. 1.018-H §8º: “O reconhecimento extrajudicial de usucapião de imóvel matriculado não extingue eventuais restrições administrativas, tais como, tombamento e reserva legal, nem gravames judiciais regularmente inscritos, devendo o pedido de cancelamento, quando for o caso, ser formulado pelo interessado diretamente perante a autoridade que emitiu a ordem”.

<sup>102</sup> Mesmo Provimento mineiro, art. 1.018-H, §6º: “Se houver edificação na área usucapida, será aberta matrícula para o terreno com a edificação, independentemente de apresentação de ‘habite-se’ ou certidão previdenciária”.

Diferente é a hipótese de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, em que o oficial remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. O pedido extrajudicial transmuda-se em ação judicial, em autêntica manifestação do princípio da economia processual e da efetividade, corolários de um justo acesso à justiça.

#### 4.10. A função conciliatória do tabelião

É inegável que, como visto acima, o papel do registrador, em tempos de jurisdição contemporânea, reveste-se de enorme relevância, ao substituir a tradicional resposta judicial, solucionando conflitos de maneira mais célere e mais próxima do cidadão. Tal proximidade, aliás, justifica outras funções, como a de buscar, prioritariamente, a solução consensual do imbróglio.

As regulamentações administrativas sobre a temática estimulam a figura do “tabelião-conciliador”<sup>103</sup>: a todo tempo, deverá o oficial de registros buscar não apenas *esclarecer* os envolvidos acerca do requerimento<sup>104</sup>, mas também intentar a *conciliação*<sup>105</sup>, nas eventuais complicações que vierem a surgir.

Se o desconhecimento do Direito é uma realidade que atinge ao cidadão-médio, nas disputas possessórias esse drama é acentuado, sobretudo por envolver porções particularmente hipossuficientes da tessitura social, tanto econômico como juridicamente.

Contar com um agente ativo, nessa dinâmica, pode constituir um verdadeiro alívio, traduzindo para as partes do pleito o que efetivamente está a se passar. No fim das contas, toda a busca por esclarecimentos poderá permitir que o problema se resolva efetivamente em sede extrajudicial.

Veja-se a hipótese da falta de consentimento. Não raro, o proprietário formal do bem imóvel pode entender que, anuindo ao pedido, estará abrindo mão de um direito “de mão beijada” – temor esse típico da sociedade litigante em que vivemos. Contudo, uma exposição rápida por parte do tabelião terá o condão de lhe explicar que sua resistência de nada lhe aproveitará, antes a posse consolidada há muito, bem como expor os malefícios da solução judicial, mais morosa e custosa.

---

103 A hipótese é genericamente prevista no art. 42 da Lei n° 13.140/2015. “Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

104 Previsão, entre outros, do art. 1.427, §1º, do Código de Normas baiano.

105 Art. 1.427 do Código de Normas do TJ/BA, art. 9º do Provimento da CGJ/RJ, art. 17 do Provimento da CGJ/AL, art. 11 da minuta do Conselho Nacional de Justiça (Corregedoria Geral de Justiça).

Irmã gêmea do esclarecimento é a conciliação, tanto no momento da elaboração da ata notarial<sup>106</sup> como no procedimento principal<sup>107</sup>. Tê-la como mote é um mandamento central da nova sistemática processual civil, extensível para resoluções extrajudiciais, pelos métodos adequados para desfazer o emaranhado litigioso. Verifica-se um argumento de reforço a favor da prudente escolha legislativa de exigir o consentimento expresso dos titulares de direitos reais, pois a mera negativa não servirá de palavra final. A pergunta que o tabelião deverá fazer é: “por que não?”.

Em suma, se o código quis dar aos registradores um novo instrumento (e, por conseguinte, mais uma fonte de emolumentos), também exige destes o (falso) ônus de se comportarem de maneira mais elucidante e próxima do destinatário final de seu serviço. Mais uma concreta manifestação do princípio da cooperação, instaurando uma comunidade coparticipativa em sede extrajudicial.

## 5. CONCLUSÃO

Nasceu mais um polêmico instituto, absolutamente inserido na conjuntura jurisdicional contemporânea. Buscou-se passar, brevemente, pelos vazios deixados pela lei, muitos deles prontamente preenchidos pela normativa administrativa dos Tribunais de Justiça, que, em grande parte, responderam a algumas dessas interrogações.

Estamos convencidos da imperiosa necessidade de o Conselho Nacional de Justiça normatizar a matéria. Não custa lembrar que no passado, com o advento da Lei n. 11.441/07, só se alcançou um razoável grau de segurança jurídica quando o CNJ editou a Resolução n. 35/07.

De fato, em se tratando de temáticas extrajudiciais, as minúcias são relevantíssimas – e, atualmente, diferenciam-se de Estado para Estado. A consulta pública promovida, cujo prazo, após ser prorrogado, se encerrou recentemente, seguramente contribuirá para a pacificação dessas questões.

Por outro lado, apareceram outros problemas, advindos da análise de compatibilidade dos provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça com o texto do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, bem como deste com a Constituição Federal. Nessa linha, muito se questionou acerca da razoabilidade de se exigir a concordância expressa dos titulares de

---

106 Art. 9º do Provimento CGJ/RJ 23/2016: “Havendo impugnação ao reconhecimento extrajudicial da usucapião, expressa ou tácita, poderá o Oficial de Registro de Imóveis tentar conciliar as partes”.

107 Art. 28 do mesmo Provimento: “Havendo impugnação ao reconhecimento extrajudicial da usucapião, expressa ou tácita, poderá o Oficial de Registro de Imóveis tentar conciliar as partes”.

direitos reais sobre o imóvel objeto do procedimento. Talvez seja essa a maior inquietude da doutrina.

A nosso ver, entretanto, deve-se ultrapassar a questão, percebendo, realisticamente, que o instituto recém-delineado é, como toda construção legislativa, fruto de escolhas.

Boas ou más, melhores ou piores, mais ou menos prudentes, porém escolhas – as quais devem ser respeitadas. Não se trata tanto da lei que queremos, mas da que temos, mormente quando tratamos da dinâmica registral. É impensável que, em uma serventia lotada, o oficial se dê ao luxo de ficar analisando a inconstitucionalidade ou, ainda pior, os acertos e as seleções do legislador. Cumpre-lhe pôr em prática a efetivação de direitos, abreviando as angústias inerentes a qualquer lide, amplificadas pela *via crucis* judiciária.

Mas não apenas. Agora, diante da discussão acerca do reconhecimento extrajudicial da usucapião, espera-se que o tabelião decida a questão, e, em não sendo possível, que esclareça e concilie os envolvidos. O acesso à justiça é realizado, primeiramente, pela educação em direitos, e o cartorário goza de protagonismo nessa peça, estando (espera-se) face a face com a população. ❖

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **O usucapião extrajudicial o novo Código de Processo Civil**. Consultor Jurídico, 18 mai. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Castillo. **Estudios de teoría general del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1049>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p.101-122, jul. 2011.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. **A ata notarial e a Usucapião Extrajudicial – considerações amadurecidas**. 23 set. 2016. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br>>. Acesso em: 14 out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. **Acesso à Justiça**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**, n. 318.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, vol. 1, 2004.

CAVALCANTI NETO, Clóvis Tenório. **O notário moderno no cenário jurídico brasileiro e seu aspecto garantidor da prestação jurisdicional**. 2011. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2313>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3º ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 259, Set/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Jurisdição Voluntária estudada pela Teoria Geral do Processo. In: **Revista do Processo**, São Paulo, v. 18, n. 69, p.31-62, 1993.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **A Jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade**. 2009. Disponível em: <[http://www.portali-best.com.br/img\\_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf](http://www.portali-best.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem, in GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, S. A., 1961.

LUCENA, João Paulo. **Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2<sup>o</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRATA, Edson. A Jurisdição Voluntária no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, São Paulo, v. 71, n. 251, 1975.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Voluntária**. São Paulo: Ed. Universitária, 1979.

PEDROSO, João. **Percursos(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

PEREIRA, Felipe Pires. **A interpretação do silêncio na usucapião extrajudicial do novo CPC**. Consultor Jurídico, 9 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-09/interpretacao-silencio-usucapiao-extrajudicial-cpc>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?** Disponível em: <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)>. Acesso em 08/10/2013.

\_\_\_\_\_. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 5, jan/jun 2010.

\_\_\_\_\_. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Acesso em 11/10/2014.

\_\_\_\_\_. STANCATI, Maria M. S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3<sup>o</sup> do código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. op. cit. p.3, CAVALCANTI NETO, Clóvis Tenório. op. cit. p.1; KOLLET, Ricardo Guimarães. **A Ju-**

**jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade.** 2009. Disponível em: <[http://www.portalibest.com.br/img\\_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf](http://www.portalibest.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Proposta de reeleitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos.** Ijuí: Editora Ijuí, 2010.

STANCATI, Maria Maria Martins Silva. **Administração de conflitos na Jurisdição Voluntária Extrajudicial: subsídios doutrinários sobre sua possibilidade.** Dissertação de Mestrado. Estácio, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.



# A Improbidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade: Aspectos Polêmicos

**Antonio Pedro Pellegrino**

*Advogado*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo apresentar a discussão a respeito da aplicabilidade da Lei nº 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) aos agentes públicos, notadamente àqueles que têm vínculo político com a Administração Pública. É realizada análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo-se, em síntese, que: a) à exceção do Presidente da República, é plena a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos; e b) não há que se falar em foro por prerrogativa de função em sede de ação de improbidade administrativa.

## I - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a discussão a respeito da aplicabilidade da Lei nº 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) aos agentes públicos, notadamente àqueles que têm vínculo político com a Administração Pública. O tema é dos mais relevantes, sobretudo nos dias atuais, em que a classe política como um todo se vê às voltas com o Poder Judiciário. Para tanto, a questão será abordada, primeiramente, sob o ponto de vista doutrinário. Em seguida, analisar-se-á a evolução da jurisprudência a respeito do tema, tomando-se por base o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Finalmente, como conclusão, serão adotadas as seguintes assertivas: a) à exceção do Presidente da República, é plena a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos; e b) não há que se falar em foro por prerrogativa de função em sede de ação de improbidade administrativa.

## II – O CONCEITO DE AGENTE POLÍTICO

Conforme já dito, pretendemos com este artigo abordar a aplicabilidade do regime da improbidade administrativa aos chamados agentes políticos. Assim sendo, é indispensável analisar o que se entende por agente político.

É possível identificar duas concepções distintas para a aludida expressão: uma, restritiva; outra, mais ampla. Um dos expoentes da corrente restritiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, ou auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os vereadores.<sup>1</sup>

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles perfilha entendimento distinto, abraçando a corrente ampliativa, no sentido de que se incluem na categoria de agente político:

Os chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Políticos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.<sup>23</sup>

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 251-252. No mesmo sentido: FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 685-689; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 510-512; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 156-159; FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 594-595.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80.

3 José dos Santos Carvalho Filho, rebatendo argumento da teoria ampliativa, afirma, de maneira incorrigível, que: “(...) o

Com efeito, o certo é que todo agente político é agente público, mas a recíproca não é verdadeira, isto é, nem todo agente público é agente político. Trata-se de relação gênero/espécie, enquadrando-se na qualidade de agente público não só os agentes políticos, como também os particulares em colaboração (mesários em época de eleição, por exemplo) e os servidores públicos em geral, sejam eles celetistas, estatutários ou temporários (art. 37, IX da Constituição de 1988 – CR/88).<sup>4</sup>

Concordamos com o entendimento mais restritivo, pois o exercício de mandato eletivo e/ou a nomeação por agentes eleitos para cargos em comissão, a nosso sentir, são traços constitutivos da qualidade de agente político. Pode-se afirmar que aos agentes políticos competem as verdadeiras decisões políticas, das quais depende o futuro do país. Tais decisões são tomadas por aqueles que exercem mandato eletivo e seus auxiliares, que têm legitimidade democrática para tal mister.

Sublinhe-se que os requisitos acima apontados são alternativos – e não cumulativos. Assim, Ministros de Estado são agentes políticos, apesar de não serem eleitos pelo voto popular. Nessa linha de pensar, magistrados, membros de Tribunais de Contas e do Ministério Público, assim como os agentes diplomáticos, não podem ser considerados agentes políticos. Já os chefes do Executivo, seus auxiliares (ministros e secretários) e os membros do Poder Legislativo são agentes políticos por excelência.<sup>5</sup>

Não sendo agentes políticos, nos se afigura correto enquadrar magistrados, membros do Ministério Público, integrantes dos Tribunais de Contas e agentes diplomáticos na qualidade de servidores públicos especiais, que “(...) *executam certas funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado, sendo, por isso mesmo, sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado (...)*”.<sup>6</sup>

---

art. 37, XI, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluam entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas fins remuneratórios, não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público.” FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595.

4 Além dos agentes públicos de direito, há que assinalar a existência de agentes públicos de fato, categoria que se subdivide em agentes públicos necessários e putativos. Enquanto os primeiros exercem a atividade em situações de emergência, como no caso de chuvas torrenciais, os segundos exercem a função em plena normalidade institucional, o que se verifica, a título de exemplo, no caso de agentes públicos que exercem funções públicas sem prévia aprovação em concurso público. Neste sentido, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 620. Uma outra classificação distingue os servidores públicos comuns dos especiais. Neste sentido, FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 601.

5 Neste sentido, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 619.

6 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 601.

O STF vacila entre a corrente restritiva e a ampliativa. Com efeito, veja-se que, para a Suprema Corte, a vedação ao nepotismo é aplicada ao cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas estadual. Analisando um caso em que se escolheu o irmão do então Governador do Paraná para o Tribunal de Contas daquele estado, o STF repeliu o “*enquadramento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas na categoria de agentes políticos*”<sup>7</sup>, razão pela qual ser-lhes-ia aplicável a vedação constante da Súmula Vinculante nº 13<sup>8</sup>, a qual, como se sabe, não se aplica aos agentes políticos.

Por outro lado, o STF já definiu que os “*magistrados enquadram-se na espécie agente político*”<sup>9</sup>, o que o aproxima da corrente ampliativa.

De todo modo, o fato é que qualquer agente público, seja ele político ou não, enquadra-se no art. 2º da LIA<sup>10</sup>, que traz um conceito deveras amplo de agente público. Mesmo os agentes públicos de fato, pois, podem ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.

Contudo, a questão principal diz respeito à análise da aplicabilidade da LIA aos que se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade. Conforme visto, o Procurador-Geral da República, na qualidade de membro do Ministério Público da União, não deve ser considerado agente político, muito embora esteja sujeito à responsabilização por infrações político-administrativas.

Assim, concluímos no sentido de que a sujeição ao regime dos crimes de responsabilidade não é constitutiva da qualidade de agente político. A título ilustrativo, os Ministros do STF, em que pese serem mencionados pelos arts. 52, II da CR/88<sup>11</sup> e 2º da Lei nº 1.079/50<sup>12</sup>, não são agentes políticos. Reconhecendo essa circunstância, afirma Eduardo Furtado Bim:

---

7 Rel 6702 MC-AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJ de 30/04/2009.

8 Súmula Vinculante nº 13: “*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*”

9 RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgamento em 05/03/2002, DJ de 12/04/2002

10 Art. 2º da LIA: “*Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*”

11 Art. 52, II da CR/88: “Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal (...) II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

12 Art. 2º da Lei nº 1.079/50: “*Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República.*”

Uma observação é necessária: para os fins de crimes de responsabilidade, o conceito de agente político não coincide totalmente com o seu significado cunhado pela doutrina porque abrange também outros cargos que, dependendo da definição adotada, não são considerados de agentes políticos: juízes, Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU), membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)/Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e chefes de missões diplomáticas.<sup>13</sup>

Discordamos do autor quando afirma que apenas agentes políticos se submetem aos crimes de responsabilidade. A nosso sentir, agentes políticos e não políticos se submetem às infrações político-administrativas. Contudo, o que se afirma, com correção, é que nem todos aqueles que se sujeitam aos crimes de responsabilidade podem ser considerados agentes políticos, na acepção restritiva do termo. É este, por exemplo, o caso do Procurador-Geral da República.

Enfim, ante todo o exposto, a questão a ser analisada nas próximas linhas se desloca da *aplicabilidade da LIA aos agentes políticos*, para a *aplicabilidade da LIA a todos que se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade*.

### III – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIMES DE RESPONSABILIDADE: *BIS IN IDEM*?

A aplicabilidade concomitante da LIA e da legislação atinente aos crimes de responsabilidade a determinados agentes públicos suscita grande controvérsia, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Conforme se demonstrará abaixo, a questão foi objeto de longos – e acalorados – debates, tendo se consolidado um posicionamento majoritário no sentido da possibilidade de convivência harmônica entre os dois regimes.

Com efeito, parte da doutrina entende que a LIA traz hipóteses de crime de responsabilidade. Assim, se aplicada aos agentes públicos que já se submetem às infrações político-administrativas<sup>14</sup>, resultaria em um inadmissível *bis in idem*. Neste sentido, afirma Aristides Junqueira Alvarenga:

---

13 BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. In: **Revista de Direito do Estado**, n° 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 200

14 Quanto à legislação infraconstitucional relativa aos crimes de responsabilidade, tem-se: a) a Lei n° 1.079/50, aplicável ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, Governador e Secretários estaduais; b) a Lei n° 7.106/83, relativa aos crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal e dos Territórios, bem como dos seus Secretários; e c) o Decreto-Lei n° 201/67, relativo aos Prefeitos e Vereadores.

Ora, se todos os atos de improbidade do Presidente da República são crimes de responsabilidade, *a fortiori*, as condutas funcionais de improbidade administrativa, definidas na Lei nº 8.429/92, têm a mesma natureza jurídica, ou seja, são crimes de responsabilidade, pois, se assim é quanto ao Presidente da República, nada se justifica que sua natureza se transmude em razão, apenas, da diferença da função pública exercida pelo agente público. Se assim não for, cair-se-á no ilogismo de se admitir que uma circunstância meramente acidental é capaz de mudar a essência das coisas.

Porque ato de improbidade é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quiçá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo presidente da República, mas por todo e qualquer agente público, a Lei nº 1.079/50 estendeu sua aplicação aos MINISTROS DE ESTADO (art. 13), aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao Procurador-geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74) (...).<sup>15</sup>

Na mesma linha, Gilmar Mendes e Arnaldo Wald:

Em verdade, a análise das consequências de eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa ‘ação civil de improbidade,’ somente serve para ressaltar que, como já assinalado, está-se diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da ‘ação civil de improbidade,’ o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, ‘teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns.’<sup>16</sup>

Por outro lado, parcela da doutrina entende pela possibilidade de aplicação conjunta da LIA e da legislação relativa aos crimes de responsabi-

15 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Atos de improbidade administrativa: crimes de responsabilidade. *In: Caderno Direito & Justiça, Jornal Correio Braziliense*, 30.09.2002

16 WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998, p. 215.

lidade. Para tanto, são utilizados, basicamente, dois argumentos: um, que se prende ao objetivo da LIA; outro, que realça as diferentes naturezas jurídicas da improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade.

Quanto à primeira linha argumentativa, ela se resume ao seguinte raciocínio: seria ilógico pensar que a LIA tivesse por objetivo excluir de sua incidência determinados agentes públicos, notadamente aqueles que possuem vínculo *político* com a Administração Pública, pois é justamente no meio deles que a improbidade encontra campo fértil. Tanto é assim que o art. 2º da LIA, ao conceituar agente público, fala, expressamente, em “*eleição, nomeação, designação*”. Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como se percebe, o âmbito de abrangência da noção de agente político adotada pela lei a fim de qualificar os agentes alcançados por suas disposições é o mais genérico e amplo possível. Demais disto, ante o teor da linguagem normativa, não padece dúvida alguma de que a norma revela o mais explícito, consciente e deliberado intento de colocar sob seu âmbito de regência tanto os sujeitos relacionados ao Poder Público ou a suas entidades auxiliares por vínculos de trabalho profissional quanto os que a eles se vinculam por liame de caráter político. É que falou também em ‘eleição, mandato, designação’. Espancou, destarte, qualquer possibilidade de acrobacia ou malabarismo exegético que pudesse ser forjicado para restringir a noção (já por si mesmo ampla) de agente público e permitir aos agentes políticos que escapulisses dos rigores da lei.

Aliás, diga-se de passo, seria despropositado se o diploma em causa os houvera deixado ao largo de sua incidência. É que são eles, justamente, os que desfrutam das condições mais propícias à prática de atos de improbidade administrativa e os que dispõem dos melhores meios para se evadirem à conseqüente responsabilidade. Donde, o máximo temor há de ser o de que a probidade administrativa seja afrontada pelos respectivos agentes, pois são os que comandam todo o aparelho administrativo do Estado. Se a lei veio para coibir atos de improbidade, conforme seu explícito objetivo, é óbvio que de seu alvo jamais po-

deriam estar excluídos os agentes políticos, aos quais, de resto, se ajustaria bem o papel de centro de mira (a mosca).<sup>17</sup>

No tocante à natureza jurídica, particularmente quanto aos crimes de responsabilidade, é preciso reconhecer a existência de três correntes: uma primeira defende a sua natureza política<sup>18</sup>; uma segunda advoga pela sua natureza penal; finalmente, há autores que entendem pela natureza mista, isto é, político-penal.<sup>19</sup>

O STF entende que os crimes de responsabilidade têm natureza penal. Tanto é assim que editou a Súmula Vinculante nº 46, por força da qual “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União”. A competência é privativa da União porque a matéria se encaixa em “direito penal”, presente no art. 22, I, da CR/88.

Assim, independentemente da corrente adotada, o fato é que a natureza jurídica dos crimes de responsabilidade não coincide com a da ação de improbidade administrativa. Isto porque esta ação é, predominantemente, cível – natureza esta que ninguém ousa imputar aos crimes de responsabilidade.

Não há dúvida: a ação de improbidade não tem natureza penal. Isto decorre do parágrafo quarto do art. 37 da CR/88, segundo o qual os atos de improbidade administrativa serão punidos independentemente da “ação penal cabível”<sup>20</sup>. Veja-se, a propósito, o entendimento de Alexandre de Moraes:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade

---

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). **Interesse Público**, Ano 09, nº 42, março/abril de 2007, Porto Alegre: Notadez, p. 16.

18 Neste sentido, Paulo Brossard, para quem as Constituições, “quando falam em crime de responsabilidade, em contraposição de crimes comuns, referem-se àqueles sujeitos a juízo político”. **O impeachment**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 57. Veja-se, também, Eduardo Bim, para quem “a própria fisionomia da Lei nº 1.079/50 mostra que os crimes de responsabilidade têm natureza política, não ostentando qualquer característica penal por: (i) patente ausência de previsão de sanções privativas de liberdade; (ii) existir previsão dizendo que a imposição das penas nela previstas não exclui as dos crimes comuns, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal (art. 3º), separando as punições do impeachment das criminais; (iii) somente admitir o recebimento da denúncia enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.”. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 235

19 É o que entende José Frederico Marques. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 154.

20 Art. 37, § 4º da CR/88: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”.



penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula ‘... sem prejuízo da ação penal cabível.’<sup>21</sup>

Com todo respeito ao ilustre constitucionalista, o que o dispositivo constitucional faz é ressaltar a natureza não penal da ação de improbidade. Contudo, para se concluir que a ação de improbidade é eminentemente cível, é preciso ir ao parágrafo quinto do mesmo art. 37, onde se lê que as ações de ressarcimento serão ressalvadas dos prazos de prescrição estabelecidos por lei.<sup>22</sup>

Assim, o perfil constitucional que se quis dar à ação de improbidade é o ressarcitório, como se colhe da lição de Eduardo Bim:

O seu caráter constitucional mais relevante ou preponderante é o ressarcitório. Essa é a razão pela qual existe um dispositivo para preceituar que o ressarcimento do dano nunca prescreve (CF, art. 37, § 5º). Pela leitura constitucional sistemática, não há como se negar que a sua natureza é predominantemente civil.<sup>23</sup>

Diz-se natureza *predominantemente* cível, pois a LIA traz, no seu art. 12, uma sanção de forte cunho político, que é a suspensão dos direitos políticos. Isto, contudo, não possui o condão de transformar a natureza da ação. Vale aqui o mesmo raciocínio para a sentença penal condenatória transitada em julgado, para a qual Constituição de 1988 traz, como consequência, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III da CR/88).<sup>24</sup> O fato de se prever a suspensão de direitos políticos não afasta da sentença a sua natureza essencialmente penal.

Sublinhe-se que o próprio STF já reconheceu a natureza cível da ação de improbidade administrativa, quando, no julgamento da ADI 2797/DF, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, a qual, modificando o Código de Processo Penal (CPP), trouxe, dentre outras coisas, o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa.<sup>25</sup> Na-

21 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 345.

22 Art. 37, § 5º da CR/88: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

23 BIM, Eduardo Furtado. **A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas**. In: Revista de Direito do Estado, nº 5 (jan/març de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

24 Art. 15, III da CR/88: “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”

25 Por força da Lei nº 10.628/02, acrescentou-se um parágrafo segundo ao art. 84 do CPP, que passou a dispor que “a ação de improbidade (...) será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública (...)”.

quela ocasião, a Suprema Corte, com base no voto do Min. Sepúlveda Perence, assentou, a partir de interpretação do já citado art. 37, § 4º da CR/88, que “a ação de improbidade administrativa é uma ação cível”<sup>26</sup>, razão pela qual não haveria que se falar em foro por prerrogativa de função.

Estabelecida a diferença quanto à natureza jurídica da ação de improbidade e dos crimes de responsabilidade, desponta a conclusão no sentido da possibilidade de convivência harmônica entre os dois regimes. É esta a lição de Eduardo Bim, para quem, “*tendo naturezas diferenciadas, a previsão de uma conduta ímproba de crimes de responsabilidade não consome a improbidade administrativa com a mesma tipificação.*”<sup>27</sup>

Nem se pode afirmar que, pelo princípio da especialidade, a legislação dos crimes de responsabilidade deveria ser aplicada a determinados agentes públicos em detrimento da LIA. Isto porque, como as naturezas jurídicas são distintas, não há espaço para a aplicação do referido princípio.<sup>28</sup>

Portanto, não há que se falar em *bis in idem*, sendo perfeitamente possível a convivência da LIA com o regime dos crimes de responsabilidade, seja por causa do amplíssimo escopo da LIA, seja por causa da diferença quanto à natureza jurídica.

Ressalte-se, apenas, que, na linha do voto do Min. Carlos Britto na Questão de Ordem na Petição nº 3.923-8/SP, analisado mais adiante, o único agente público que não pode sofrer a incidência da LIA é o Presidente da República. Isto por causa de uma opção política da Constituição de 1988, que, no seu art. 85, V, considera como crime de responsabilidade todos os atos do Presidente da República, e somente dele, que atentarem contra a “*probidade na administração*”.<sup>29</sup>

Nas próximas linhas, será analisada a evolução da matéria no âmbito do STF, tomando-se como ponto de partida a Reclamação nº 2.138-6/DF, para se chegar, enfim, ao entendimento de sua 1ª Turma, proferido em 2016, nos autos do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.186/DF.

26 ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

27 BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. In: **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225.

28 Neste sentido, Eduardo Bim: “*Embora se discorde dessa natureza jurídica, por esse mesmo prisma não haveria que se falar em uma maior especialização da punição de improbidade administrativa dos agentes políticos, isentando-os do regime da LIA, porque a natureza de ambos seria diversa: penal para os crimes de responsabilidade e qualquer outra natureza que não a penal para a improbidade administrativa da LIA. Tendo natureza diversa, é insustentável admitir-se a aplicação do critério da especialidade, uma vez que esse critério somente pode ser aplicado quando em face da mesma natureza jurídica.*” BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

29 Art. 85, V da CR/88: “*Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração*”

## IV.A – O ENTENDIMENTO DO STF – A RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6/DF

Na Reclamação nº 2.138-6/DF<sup>30</sup>, o STF deparou-se com uma ação de improbidade ajuizada na primeira instância da Justiça Federal pelo Ministério Público Federal (MPF) contra Ministro de Estado, acusado, dentre outras coisas, de se utilizar de avião oficial em viagem de lazer para Fernando de Noronha.

Na Reclamação, sustentou-se uma suposta usurpação da competência do STF, pois, nos termos do art. 102, I, “c” da CR/88<sup>31</sup>, os Ministros de Estado são julgados pela Suprema Corte em razão de crimes de responsabilidade, salvo no caso em que estes são conexos com os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e Vice-Presidente da República, quando o julgamento compete ao Senado Federal (art. 52, I da CR/88).<sup>32</sup> Como a LIA traria, na realidade, crimes de responsabilidade, eventual julgamento por juízes de primeira instância usurparia a aludida competência constitucional.

O que se discutiu na Suprema Corte foi, justamente, a possibilidade de um agente político (no caso, Ministro de Estado) submeter-se, ao mesmo tempo, à LIA e à Lei nº 1.079/50. O julgamento foi apertado: seis Ministros (Nelson Jobim, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Cezar Peluso e Gilmar Mendes) julgaram a Reclamação procedente, firmando a tese da impossibilidade da aplicabilidade dos dois regimes a agentes políticos, os quais se submeteriam, apenas, à Lei nº 1.079/50; os demais cinco Ministros (Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa) julgaram improcedente a Reclamação.

Colhe-se do voto do Min. Relator, Nelson Jobim, o entendimento de que a LIA traria diversos crimes de responsabilidade, nada mais sendo a ação de improbidade do que uma ação por crime de responsabilidade. Nesta linha de pensar, a Constituição não admitiria a coexistência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa: o do art. 37, § 4º e o do art. 102, I, “c”, ambos da CR/88, o último regulado pela Lei nº 1.079/50. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estariam regulados pelo

30 Rel 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJ de 18/04/2008

31 Art. 102, I, “c” da CR/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente?”.

32 Art. 52, I da CR/88: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles?”

Capítulo V da Lei nº 1.079/50, cujo título é “DOS CRIMES CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO”.

A conclusão, pois, a que chegou o Min. Relator, no que foi acompanhado por outros cinco Ministros, é a de que os agentes mencionados pela Lei nº 1.079/50 (Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Ministros do STF, Governadores e Secretários Estaduais) não se submeteriam à LIA, jamais podendo ser julgados por improbidade na primeira instância, sob pena de se adotar uma interpretação violadora do art. 102, I, “c” da CR/88.

Por sua vez, o Min. Carlos Velloso, inaugurando a divergência, afirmou que a LIA deve ser interpretada da forma mais ampla possível, já que tem por objetivo concretizar o princípio da moralidade administrativa, muito caro à Constituição de 1988.

Disse, também, que o que está na Lei nº 1.079/50, evidentemente, é crime de responsabilidade. Por outro lado, o que não está na aludida Lei não pode ter essa natureza, razão pela qual não há óbice à sujeição dos agentes políticos aos ditames da LIA, ressaltando-se, contudo, a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos, que não se aplicariam, por exemplo, ao Presidente da República, Senadores, Deputados Federais e Estaduais.

Por fim, vale ressaltar o voto do Min. Joaquim Barbosa, para quem há uma dupla normatividade em matéria de improbidade administrativa: a LIA e, por outro lado, o art. 9º da Lei nº 1.079/50<sup>33</sup> c/c art. 85, V da CR/88.

O objetivo desses dois sistemas é distinto: no caso da LIA, a tutela é da moralidade; já no caso da Lei nº 1.079/50, trata-se de mais um dos mecanismos de *checks and balances*, que tem por objetivo lançar no ostracismo político o agente faltoso.

Assim, há sistemas distintos, podendo as autoridades ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados distintos, já que os objetivos, como visto, são diferentes.

Demais disto, ressaltou o Min. Joaquim Barbosa que entendimento diverso poderia violar a isonomia. Isto porque bastaria que servidor efetivo virasse Ministro para não se submeter à LIA, o que afrontaria o princípio da igualdade.

Além da violação à isonomia, a inaplicabilidade da LIA implicaria, também, a afronta a um dos postulados básicos da democracia, que é a *accountability*, em razão da qual quanto mais elevadas as funções do governante, maior o seu grau de responsabilidade.

33 O art. 9º da Lei nº 1.079/50 elenca o que a lei considera “*crimes de responsabilidade contra a proibidade na administração*”.

Também entendeu o Min. Joaquim Barbosa que ao juiz de primeira instância é dado aplicar todas as sanções da LIA, menos a perda de cargo, pois, do contrário, haveria forte fator de desestabilização político-institucional.

Em suma, tais foram os principais argumentos dos Ministros do STF, que redundaram em um apertado placar de julgamento (6x5), consagrando-se um entendimento que, de certa forma, representa retrocesso no combate à improbidade na Administração Pública.

#### IV. B – O ENTENDIMENTO DO STF – QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO Nº 3.923-8/SP

Pode-se afirmar que, após o julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, o STF, no mesmo ano de 2007, mudou o seu entendimento, ainda que de forma um pouco confusa.

Com efeito, a Questão de Ordem na Petição nº 3.923-8/SP<sup>34</sup> tratava de sentença de ação de improbidade administrativa transitada em julgado, proferida contra o então Prefeito de São Paulo, que, eleito Deputado Federal, requereu que a execução da sentença se desse perante o STF. Defendeu, também, que o processo fosse julgado extinto sem julgamento do mérito, sob o fundamento da inaplicabilidade simultânea da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos.

O pedido foi indeferido pela unanimidade do Plenário, ausentes os Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie. O Min. Relator, Joaquim Barbosa, basicamente repetiu os fundamentos do voto proferido nos autos da Reclamação nº 2.138-6/DF, acima mencionada, ressaltando a plena aplicabilidade concomitante da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Sepúlveda Pertence e Carlos Britto acompanharam o Relator, inclusive quanto aos seus fundamentos.

Na verdade, o Min. Carlos Britto, em *obter dictum*, ressaltou da incidência da LIA apenas o Presidente da República, sob o interessante argumento de que a Constituição, no seu art. 85, V, teria afastado do “*Presidente da República o cometimento de improbidade administrativa*”. Para o Ministro, foi uma opção política que se fez “*no bojo da Constituição, a alcançar exclusivamente o Presidente da República (...)*”. Assim, “*(...) se o Presidente incidir em improbidade administrativa, estará cometendo um crime de responsabilidade*.”<sup>35</sup>

34 Pet 3923 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJ de 26/09/2008.

35 Voto do Min. Carlos Britto na Pet. 3923 QO.

Por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Eros Grau concordaram mais com a conclusão do Min. Joaquim Barbosa do que propriamente com os seus fundamentos. É que eles ressaltaram as peculiaridades do caso concreto, principalmente o fato de que a sentença da ação de improbidade já tinha transitado em julgado. Neste sentido, o Min. Gilmar Mendes, por exemplo, reservou-se para se “*pronunciar em caso adequado sobre os temas que a questão suscita.*”<sup>36</sup>

Assim sendo, em que pese o voto do Min. Relator, a verdade é que a questão da dupla incidência (LIA e crimes de responsabilidade) não foi profundamente debatida pelo Plenário, diferentemente do que se sucedeu com a Reclamação nº 2.138-6/DF, mencionada acima.

Diante das peculiaridades do caso que foi julgado, não se pode afirmar, pois, que o acórdão do STF seja um perfeito exemplo da mudança de entendimento da Suprema Corte.

#### IV.C - O ENTENDIMENTO DO STF - O AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR Nº 3.585/RS

Em 2014, a 2ª Turma do STF julgou o Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585<sup>37</sup>, cujo objeto era emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do STJ, que decidira no sentido da plena aplicabilidade da LIA a uma ex-Governadora do Rio Grande do Sul.

Na ocasião, entendeu-se, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Relator, Celso de Mello, pela aplicabilidade da LIA a todo e qualquer agente político. Entendimento diverso, no sentido da sujeição apenas aos crimes de responsabilidade, violaria um dos princípios basilares da República, qual seja, a plena responsabilização de todos aqueles investidos no exercício de funções governamentais.

Curioso observar que o Min. Relator, para reforçar sua tese, cita trechos do brilhante voto do Min. Carlos Velloso, acima referido, proferido por ocasião do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF. Utiliza-se, também, de diversos doutrinadores, todos eles a apontar a possibilidade de convivência harmônica “*entre o regime jurídico de responsabilização político-administrativa (Lei nº 1.079/50 e DL nº 201/67), de um lado, e o regime jurídico de responsabilização civil por improbidade administrativa, por outro.*”<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes na Pet. 3923 QO.

<sup>37</sup> AC 3585 Agr, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, DJ de 28/10/2014

<sup>38</sup> O Min. Celso de Mello cita os seguintes doutrinadores: José Roberto Pimenta Oliveira, Fernando Capez, Francisco Octavio de Almeida Prado, Wallace Paiva Martins Júnior, Waldo Fazzio Júnior, Mônica Nicida Garcia, José Antônio Lisboa

É preciso, contudo, fazer algumas observações a respeito da referida decisão.

Primeiro, participou do julgamento o Min. Gilmar Mendes, o que talvez represente uma mudança de entendimento, já que, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, acima mencionada, votou no sentido do provimento da Reclamação, entendendo pela impossibilidade de aplicação concomitante da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade.

Em segundo lugar, é curioso observar que os próprios advogados (*rectius*: a autora, ex-Governadora do Rio Grande do Sul) que subscreveram a petição inicial da cautelar e, posteriormente, o agravo regimental, ressaltaram o seu entendimento contrário à tese sustentada nas peças, afirmando que, doutrinariamente, ousam pensar que “*a Lei Federal nº 8.429/92 não deveria ser absorvida pela Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei Federal nº 1.079/92)*”.<sup>39</sup>

Finalmente, como mencionado no voto do Min. Celso de Mello, a Min. Carmen Lúcia, em decisão monocrática proferida nos autos da Ação Cível Originária nº 2.356/PB, reconheceu a submissão de Governador de Estado à LIA, “*definindo, para esse efeito, a competência do Poder Judiciário local*”.<sup>40</sup> Dito de outro modo, a Min. Carmen Lúcia reconheceu a inexistência de prerrogativa de foro para Governador de Estado em sede de ação de improbidade administrativa, sob o fundamento, devidamente analisado acima, de que a referida ação tem natureza cível, ou melhor, *majoritariamente* cível, como já se disse.

A propósito, há uma profusão de decisões monocráticas no STF, todas elas reconhecendo a incidência da LIA a determinados agentes públicos, alguns deles submetidos, também, ao regime dos crimes de responsabilidade. Como exemplo, podem ser citadas decisões dos Ministros Celso de Mello (Pet. 5080, DJ 01/08/13), Marco Aurélio (Rcl 15.831, DJ 20/06/13), Rosa Weber (Rcl 15.131, DJ 03/12/14) e Carmen Lúcia (Rcl 15.825, DJ 13/06/13). Todas as decisões são unânimes em afastar o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, as quais devem ser julgadas por juízes de primeira instância.

---

Neiva, Carlos Frederico Brito dos Santos, Emerson Garcia e Rogério Pacheco dos Santos.

<sup>39</sup> Colhe-se o aludido trecho do voto do Min. Celso de Mello Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585/RS.

<sup>40</sup> Voto do Min. Celso de Mello no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585/RS.

#### IV.D – O ENTENDIMENTO DO STF – O AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 2.186/DF

Não faz muito tempo, divulgou-se na mídia decisão da 1º Turma do STF, no sentido de dar provimento a agravo regimental nos autos da Reclamação nº 2.186/DF<sup>41</sup>. Tratava-se, na origem, de ações de improbidade administrativa ajuizadas contra ex-Ministros de Estado pelo MPF, na primeira instância da Justiça Federal do Distrito Federal.

O Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida em 22/04/2008, com base no entendimento do STF consagrado na Reclamação nº 2.138-6/DF, já mencionado neste artigo, julgou procedente a reclamação, determinando o arquivamento das ações, pois, supostamente, os juízes federais teriam usurpado a competência do STF trazida pelo art. 102, I, “c”, da CR/88.

Contudo, em 15/03/2016, pela unanimidade dos Ministros presentes - ausente, apenas, o Min. Luiz Fux -, a 1ª Turma, reformando em agravo regimental a aludida decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, determinou o processamento das ações de improbidade na primeira instância, sob o fundamento da inexistência de foro por prerrogativa de função em sede de improbidade administrativa.

Na ementa do acórdão, consignou-se que:

Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade<sup>42</sup>

Este julgamento é importante, pois sinaliza que ambas as turmas do Supremo concordam quanto à inexistência de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade e, por conseguinte, entendem que a LIA não foi absorvida pela legislação dos crimes de responsabilidade.

41 Neste sentido, <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1754414-stf-desarquiva-acoes-contra-ministros-de-fhc-por-improbidade.shtml>. Consulta em 27/03/2016, às 1:15 horas.

42 Agravo Regimental na Reclamação nº 2.186/DF. Relatora: Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 15/03/2016, DJ de 05/04/2016.



## IV.E. - O ENTENDIMENTO DO STF - QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO Nº 3.211-0

É preciso se abrir dois parágrafos para criticar o entendimento do STF consagrado na Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0.<sup>43</sup> Nela, entendeu o Plenário do Supremo, vencido o Min. Marco Aurélio, que Ministro do STF tem prerrogativa de foro no próprio Tribunal nas ações de improbidade administrativa. Inaugurou a divergência o Min. Menezes Direito, no que foi acompanhado pelos demais membros, assinalando que “*distribuir competência ao Juiz de 1º grau para julgamento de Ministro da Suprema Corte quebraria (...) o sistema judiciário como um todo.*”<sup>44</sup>

Com todo respeito, entendemos que tal posicionamento não se sustenta. Isto porque, a partir do momento em que se entende, como entendeu o STF, que a ação de improbidade é de natureza cível, não se pode concluir por prerrogativa de foro de qualquer espécie, seja quem for o réu da ação. Do contrário, qual seria o sentido em se submeter Ministro do STF a julgamento perante a Suprema Corte em ações de improbidade, e excluir, por exemplo, os Ministros de Estado?

## V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A improbidade administrativa suscita uma vasta gama de questões. Neste artigo, optamos por focar o debate sob a ótica da incidência da LIA aos que também se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade. Podemos afirmar que, após estudarmos a polêmica, chegamos às seguintes conclusões:

- 1) À exceção do Presidente da República, todo e qualquer agente público se submete aos ditames da LIA, esteja ele vinculado ou não ao regime dos crimes de responsabilidade; e
- 2) Não há foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa. ❖

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Atos de improbidade administrativa: crimes de responsabilidade. In: Caderno Direito & Justiça, **Jornal Correio Braziliense**, 30.09.2002.

43 Pet 3211 QO, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJ de 27/06/2008.

44 Voto do Min. Menezes Direito na Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0.

BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). **Interesse Público**, Ano 09, nº 42, março/abril de 2007, Porto Alegre: Notadez.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTANA, Cristiano Miranda de - A aplicabilidade da lei de Improbidade administrativa aos agentes políticos. *In: II Jornada de Direito Constitucional*, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF: 2014.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998.

# A Prova Testemunhal sob a Ótica da Imediação Processual Penal<sup>1</sup>

**Décio Alonso Gomes**

*Doutor em Direito processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Ministério da Defesa; Professor de Direito Processual Penal e Direito Penal Econômico da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Ibmeq/RJ e da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Testemunha indireta; 3. Testemunha anônima; 4. Depoimento do agente infiltrado; 5. Depoimento de vulnerável

## 1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, testemunha é definida como o sujeito, diverso das partes e estranho ao *caso penal*, que é chamado a juízo por iniciativa das partes (ou, excepcionalmente, por ordem direta do juiz), a fim de render, sob a forma oral, uma declaração que tenha por objeto a reconstrução histórica ou a representação narrada dos fatos relevantes para o julgamento, ocorridos anteriormente e por ele testemunho ou percebido por meio dos seus próprios sentidos, *de visu vel auditu*.<sup>2</sup>

As declarações testemunhais<sup>3</sup> são consideradas, nesta linha, instrumentos representativos da realidade, porquanto elas podem evocar

<sup>1</sup> Texto produzido a partir de: ALONSO GOMES, Décio. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

<sup>2</sup> Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3ª ed. Torino: UTET, 2010, pp. 573-574. O autor destaca que, com a evolução, este conceito foi reservado ao denominado *testemunho direto*, no qual o sujeito narra um fato histórico a que teve acesso por meio do direto e pessoal conhecimento. Admite, excepcionalmente, a figura do *testemunho indireto* (ou *de relato* ou ouvir dizer), no qual a testemunha adquire o conhecimento do fato sobre o qual é chamada a depor, ao invés de confiar em sua própria capacidade de observação ou percepção direta, se referindo a outra pessoa (seja uma parte ou um terceiro), a partir da qual ela assumia ter aprendido indiretamente o fato.

<sup>3</sup> O procedimento probatório a ser destacado na prova testemunhal estende-se às declarações do ofendido, dos peritos e dos assistentes técnicos.

direta ou indiretamente, através da fala, a imagem do fato a ser provado, mas isso não significa que à sequência argumentativa aplicada às afirmações de um declarante não se encaixe uma atividade do tipo indutivo ou abdutivo, destinada a alcançar conclusões cognitivas não implícitas nas premissas externadas.

A configuração do testemunho como prova<sup>4</sup> pressupõe a observância do procedimento dialético ou contraditório, segundo o marco de garantias extraído das convenções internacionais de direitos humanos, que preveem o direito das partes de fazer interrogar as testemunhas.

Basta que seja respeitada a referida participação na formação da prova, pouco importando a maior ou menor intensidade com que o direito interno regulamenta o respectivo procedimento. E, sob este enfoque, é irrelevante, por exemplo, se as perguntas das partes são formuladas diretamente à testemunha ou por intermédio do juiz.<sup>5</sup>

Para o Direito brasileiro, a qualificação do testemunho como prova pressupõe a intervenção do juiz na sua produção. Essa característica, aponta a doutrina,<sup>6</sup> resulta da aplicação do princípio da imediação.<sup>7</sup>

A intervenção judicial na produção da prova tem duas finalidades: a primeira finalidade é cognitiva, no sentido de permitir uma maior intensidade no contato do destinatário da prova com os dados probatórios;<sup>8</sup> a

4 SCARANCA FERNANDES lembra com propriedade que são três os caracteres do testemunho: a *oralidade*, a *objetividade* e a *retrospectividade*. Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral, art. 204 do CPP, sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito, conforme art. 192 e parágrafo único do art. 223, ambos do CPP (SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82). Neste particular, anote-se que o princípio da imediação não só exige que o juiz ouça direta e pessoalmente a testemunha, como que seja esta que fale e se expresse direta e pessoalmente ante a presença do juiz. Assim, não se considera como verdadeira prova testemunhal a declaração prestada fora do processo e consignada em ato notarial. Contudo, e sempre com caráter excepcional, por razões de justiça material, se não existe outro meio de provar um determinado fato, e com todas precauções e reservas, poderia outorgar-se um certo valor probatório a uma declaração assim realizada. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal**. Tomo I. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 117-118.

5 No entanto, sob o enfoque da imediação, a questão é de grande relevância: as *técnicas de interrogatório* apontam que o sistema de perguntas diretas é mais eficiente quando se pretende observar a reação imediata da pessoa questionada. Quando as perguntas são mediadas ou repassadas pelo juiz, a testemunha tem um tempo – ainda que ínfimo – para pensar na resposta que deve dar. Sobre a questão da *afetação do contexto*: LANUZA TORRES, Juan José de; LILLO CAMPOS, Francisco Javier. **Interrogatorio: tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico**. 2ª ed. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidade, 2011, pp. 142 e ss.

6 ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.

7 Dentro de um conceito próprio, é possível definir o instituto da seguinte forma: *princípio da imediação consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação* (ALONSO GOMES, Décio. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, p. 56).

8 O que pode ser atenuado no caso de *provas colhidas a distância*, quando o juiz que conduz a colheita da prova não é o juiz que prolatará a decisão. Esta *quebra de imediação* pode ser contornada pela utilização de ferramentas comunicacionais e tecnológicas modernas, como a videoconferência.

segunda finalidade é de controle, na medida em que a intervenção judicial possibilita não somente um controle de legalidade sobre a prova, mas principalmente de pertinência e relevância, evitando, assim, abusos ou mesmo esforços desnecessários.

Ainda nessa segunda característica, uma das principais vantagens do testemunho oral é a agilização do controle do juiz e das partes sobre a veracidade das declarações, com a possibilidade de contestar imediatamente a cada antinomia, ambiguidade ou imprecisão de significação contida no depoimento e, sobretudo, de observar a atitude (timbre de voz, expressão do rosto, etc.) da testemunha durante sua declaração.<sup>9</sup>

No campo da observação, além dos elementos verbais, permite-se valorar na audiência os gestos, as atitudes, as confusões e as surpresas do declarante, posturas que permitem ao julgador a formação da sua íntima convicção acerca da veracidade ou mendacidade das declarações.

O valor da prova testemunhal está associado à credibilidade da fonte e à confiabilidade do conteúdo, no sentido da verossimilhança em relação ao objeto da prova.<sup>10</sup> Aliás, neste ponto, a legislação brasileira é bastante precisa: *A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber*, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art. 203 do CPP).<sup>11</sup>

Dentro do conceito de imediação como interação comunicacional, a prova testemunhal tem a finalidade de transmitir ao julgador e às partes

---

<sup>9</sup> Daí a importância do exame direto (*direct determination*) e do exame cruzado (*cross examination*) para a produção da prova testemunhal, que viabilizam a produtividade da confrontação e do diálogo direto e franco entre juiz, partes e declarantes.

<sup>10</sup> No ordenamento brasileiro, a testemunha está submetida aos deveres de *comparecer, prestar o depoimento e dizer a verdade*. Este último dever (*de dizer a verdade*) é o substituto nacional relativo ao *oath* (juramento) dos ordenamentos ligados à *common law*, mas se presta à idêntica finalidade: tentar condicionar a testemunha à declaração autêntica sobre o seu conhecimento sensorio. E assim procede-se visando a uma maior credibilidade das declarações. Na mesma linha, o *dever de comparecer* apresenta-se como mecanismo de reforço da imediação, pois, em circunstâncias normais, a prova testemunhal deve praticar-se na presença de quem irá julgar. Apenas em casos excepcionais, por razões de impossibilidade relacionadas à testemunha, se pode prescindir deste comparecimento pessoal. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal...**, cit., p. 114. Note-se que o *dever de comparecer* deve ser entendido como o *dever de comparecer pessoalmente*, para *declarar por si mesmo* (assim: ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, pp. 394-395. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor).

<sup>11</sup> Traçando uma linha comparativa entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, no tocante à prova testemunhal, MALAN pondera que no primeiro sistema se admite o *coaching* (o treinamento das testemunhas, por meio de entrevistas particulares entre testemunhas e advogados, antes da data do julgamento), o que traz como consequência uma tendência maior de testar a credibilidade da testemunha e a veracidade de seu relato de forma mais contundente (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 45-46).

as percepções sensoriais apreendidas pelo declarante quando presenciou ou tomou conhecimento do fato histórico a que se refere e que agora tem que ser provado, sendo indiferente a natureza da percepção (logo, o testemunho não se limita mais à antiga fórmula do *visu vel auditu*, devendo abranger todos os âmbitos sensoriais humanos).

A prova testemunhal sofre de uma curiosa dicotomia. Em que pese ser reconhecido que o processo penal passa por um *reinado da testemunha*, considerada o meio de prova mais utilizado,<sup>12</sup> também se destaca o valor intrínseco dúbio e precário desse meio, diante do elevado grau de falibilidade desta prova.<sup>13</sup>

Neste particular, a prova testemunhal é, por suas características, uma prova débil, possivelmente a mais débil das provas (dependendo da hipótese de deliberada falsidade do declarante), estando sujeita a graves fatores de distorção que podem nela influir.<sup>14</sup>

*...Efetivamente, o que o juiz e as partes percebem diretamente é o depoimento testemunhal acerca do qual os fatos ocorreram de uma determinada forma. E a partir deste discurso, que, obviamente, deve ser interpretado e valorado criticamente – tanto a partir de um ponto de vista da credibilidade que possa merecer o emissor como de qualidade informativa de seu conteúdo – e situado no contexto dos demais elementos de juízo, deve chegar a um certo referente fático, o que só pode fazer-se através de um jogo de referências, fundado em máximas de experiência, que pode ser, certamente, complexo. É pelo que o tratamento deste meio de prova requer dois exames. Um sobre a credibilidade da testemunha, para saber se o declarado é o que realmente conhece e se seu testemunho é, portanto,*

12 Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 325. MENNA destaca que em um sistema processual centrado no princípio do contraditório, oralidade e imediação, a prova testemunhal ocupa posição central, uma vez que é a que melhor destaca no panorama probatório a capacidade de condicionamento dialético do conhecimento no processo, e mais se inclina aos esforços de aprofundamento do juiz e das partes (MENNA, Mariano *et al.* **Trattato di procedura penale**. Vol. II, Tomo I. Torino: UTET, 2009, p. 109).

13 *A testemunha de fatos que, por suas características de excepcionalidade e dramatismo, a afetaram ética ou emocionalmente de forma intensa, nunca é um observador neutro nem, portanto, bom observador, sobretudo se se trata de dados fisionômicos. Estas afirmações são ainda mais pertinentes no caso da vítima* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação (uma aproximação crítica), in: **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 28. Tradução de Lédio Rosa de Andrade).

14 Como limites fisiológicos à observação e eventuais déficits sensoriais; características individuais, expectativas e pré-conceitos; estado emotivo, duração e condições da observação; seletividade perceptiva, transferência inconsciente de memória, falsas memórias; interferências de informações sucessivas; pressões sociais; atividade cognitiva-reconstrutiva; modo de formulação das perguntas etc.

*atendível. E outro relativo à qualidade informativa dos dados transmitidos, ou seja, a sua adequação à realidade empírica...*<sup>15</sup>

Não se deve deslembrar que a testemunha não é um sujeito neutro – entendido como alheio a ideologias, circunstâncias ambientais e emocionais etc. – devendo ser ponderada uma miríade de fatores que podem alterar a autenticidade ou espontaneidade das suas declarações.

É exato, então, sustentar que a prova declarativa oferece à avaliação do juiz e das partes não apenas um fato, mas uma *experiência*, isto é, um fato assim como apreendido pelos sentidos do declarante. Para tanto, deve-se ter em mente que o objeto da confiabilidade das declarações adquiridas pode conter, ainda, *poluição* intencional ou involuntária do seu conteúdo por parte de quem depõe.

O próprio ambiente judicial – com seus rituais, símbolos e formalidades – contribui para, em muitos casos, aumentar a *ansiedade da testemunha*,<sup>16</sup> mormente diante de todo o imaginário e folclore que envolvem a imagem do juiz, como sujeito solene e altivo, e da própria *atividade forense criminal*. Para tanto, basta lembrar da liturgia que envolve a realização de um plenário de júri: toga, vestes talares, becas e toda sorte de capas para os sujeitos processuais e seus auxiliares, sorteio e disposição simbólica dos jurados, *exortação* do art. 472 do CPP, incommunicabilidade, técnicas de oratória para inquirições e debates, sala secreta, urnas etc.

Ademais, sobre a representação feita através da aquisição da prova declarativa, note-se que a imagem do fato *suscitada* pelo declarante e que deve ser provada vem – contemporaneamente – *criticada* pelo intérprete, por meio da avaliação da fiabilidade do dito: essa crítica se revela necessária porque as alegações que se erguem ao conteúdo da prova em questão acabam por omitir o produto de uma série de fatores, pois a declaração é constituída, pela soma dos dados dos elementos do fato objetivo, da própria natureza da personalidade psíquica da testemunha e de todos os elementos externos que atuaram no passado ou que incidem atualmente sobre a própria testemunha.<sup>17</sup>

15 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da mediação..., cit. p. 19.

16 EISNER, Isidoro. **La intermediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. 4-5.

17 Nesta alheta: MENNA, Mariano *et al. Trattato di procedura penale...*, cit., p. 110.

## 2. TESTEMUNHA INDIRETA

No âmbito da prova testemunhal, a imediação encontra grande barreira quando trata especificamente do *hearsay evidence* (ou *testemunho indireto, de relato ou de ouvir dizer*).

*Quanto ao chamado testemunho indireto, seu conceito é encontrado no artigo 801(c) das Federal Rules of Evidence, em textual: 'hearsay é uma declaração diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento, oferecida como meio de prova para comprovar a veracidade da questão afirmada'. A sobredita codificação define, para fins desse conceito de hearsay, como sendo 'uma asserção oral ou escrita ou uma conduta não verbal de uma pessoa, caso a pessoa a pratique com a intenção de fazer uma asserção' (artigo 801(a)), ao passo que declarante é conceituado como 'uma pessoa que presta uma declaração' (artigo 801 (b)).*

*Em sentido semelhante, o festejado Black's Law Dictionary conceitua hearsay da seguinte maneira:*

1. Tradicionalmente, testemunho que é prestado por uma testemunha que relata não o que ele ou ela conhece pessoalmente, mas o que outros disseram, e que é, portanto, dependente da credibilidade de alguém que não a testemunha. Tal testemunho geralmente é inadmissível pelo direito probatório. 2. Na legislação federal, uma declaração (quer uma asserção verbal quer uma conduta assertiva não verbal) diversa daquela prestada pelo declarante enquanto testemunhado no julgamento ou audiência, oferecida como elemento de prova para comprovar a veracidade da questão asseverada'.<sup>18</sup>

A testemunha indireta ou de ouvir dizer é aquela que toma conhecimento do tema da prova através de outra pessoa, filtra uma experiência de outrem, reduzindo a possibilidade de contraditório e os possíveis espaços de contestação.<sup>19</sup> Portanto, o testemunho de ouvir dizer, enquanto versante sobre fatos narrados por pessoa estranha ao juízo, apresenta um perfil atenuado de

18 MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, cit., pp. 52-53. Acrescenta o autor que *nma declaração só é considerada hearsay quando ela se destina a comprovar em juízo a veracidade do teor das asserções nela contidas.*

19 SIRACUSANO, Delfino *et al.* *Diritto processuale penale*. Vol. 1. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 353.



relevância probatória, justamente porque indireta, subtraindo da imediação seu maior trunfo: a avaliação da credibilidade do declarante<sup>20</sup> e da veracidade do declarado por meio da interação comunicacional. De igual sorte, compromete o exercício do contraditório, na medida em que impede ou ao menos dificulta significativamente o processo dialético na formação da prova.

Algumas ponderações recomendam a exclusão do testemunho indireto do rol de meios de prova legítimos e válidos: a) falta de percepção direta da pessoa quanto ao fato a ser provado; b) falta de impressão precisa quanto ao fato a ser provado; c) falta de capacidade da testemunha em descrever de forma precisa a sua impressão; e, d) falta de sinceridade da testemunha em relação ao fato a ser provado.

O enfrentamento dessa questão no Direito americano é bastante vasto, tendo em vista o fundado receio de que a apresentação de uma prova nessas circunstâncias no *grand jury* possa induzir ou mesmo permitir a manipulação dos jurados durante o julgamento, principalmente porque se tratam de jurados leigos. Ao mesmo tempo, o testemunho indireto é menos solene que o testemunho direto, frustra a intensidade do exame cruzado da testemunha (*cross examination*) e exhibe uma grande probabilidade de desconfiança.<sup>21</sup>

Já no Direito italiano, para que o testemunho indireto possa ser validamente valorado pelo juiz por ocasião do julgamento, é indispensável que a testemunha indireta identifique a fonte do seu conhecimento, assim como, se houver requerimento de uma das partes, o juiz é obrigado à determinação da oitiva da fonte originária.<sup>22</sup>

É nessa esteira que COMOGLIO, ao enfrentar o tema, indica que o testemunho indireto pode ser livremente utilizado pelo juiz, no âmbito do seu prudente arbítrio, o qual deverá concorrer com outros elementos de prova objetivos e concordantes, capazes de sufragar sua credibilidade.<sup>23</sup>

20 MALAN prossegue seu escólio asseverando que *a falta de confiabilidade do hearsay é inferida a partir de uma série de fatores: (i) a declaração original com frequência é prestada sem qualquer solenidade ou formalidade, em especial o juramento de dizer a verdade; (ii) o declarante original não pode ser submetido ao exame cruzado da parte processual prejudicada pelo teor da declaração; (iii) juiz e os jurados não podem observar o comportamento do declarante original no momento em que prestou as declarações* (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto**..., cit., p. 54).

21 Em posição divergente segue MESQUITA, para quem a *hearsay rule* apresenta-se autônoma de uma fixação epistemológica da relação entre as provas e os fatos, centrando-se nos deveres e direitos das partes na produção de prova, em particular, a exigência do *cross-examination*. Por seu turno, a imediação, em sentido formal, sendo também um princípio da produção de prova, tem a sua raiz e núcleo na relação bipolar entre o tribunal e a prova (MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre aprova do processo penal português, à luz do sistema norte-americano**. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 294-296).

22 TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz.

23 COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. Torino: UTET, 1999, p. 574. Esclarece o autor que estruturalmente diverso é o testemunho *de relato ex parte*, em que a testemunha faz referência a um conhecimento aprendido a partir de um dos

### 3. TESTEMUNHA ANÔNIMA

Entende-se como anônima a testemunha cuja identidade verdadeira não é divulgada ao acusado, ao seu defensor técnico e ao público em geral, sendo rotineira nesses casos a limitação da atividade de inquirição, diante da impossibilidade de questionamentos que envolvam questões particulares da testemunha e que possam conduzir à identificação da sua identidade ou residência.<sup>24</sup> Normalmente, em juízo, essa testemunha recebe uma identidade codificada (facultando-se sua oitiva remota, de forma a preservar seu anonimato).

A admissão dessa modalidade de testemunho pressupõe autorização judicial e está fundada na necessidade de proteção contra ameaça de morte ou algum outro mal maior, como na hipótese de questões relacionadas à segurança nacional.<sup>25</sup>

Após perfilar uma série de precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH),<sup>26</sup> MALAN sintetiza os requisitos do procedimento de produção da prova testemunhal anônima:

*(i) a presença do juiz; (ii) o conhecimento do julgador sobre a verdadeira identidade das testemunhas; (iii) a possibilidade de o juiz observar o comportamento das testemunhas ao depor; (iv) a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas ao depor e formularem todas as perguntas relevantes, exceto aquelas que possam revelar a identidade das testemunhas.*<sup>27</sup>

Nessa linha, preservam-se os dois interesses em jogo, o anonimato das testemunhas e as garantias processuais inerentes à demanda criminal (incluindo os necessários testes de credibilidade e veracidade do conteúdo declarado).<sup>28</sup>

---

litigantes, que surge no processo, a princípio, privado de valor probatório, se examinado de forma separada e isolada.

24 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto...**, cit., p. 140.

25 BECHARA, Fabio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, pp. 100-101.

26 TEDH: Sentença de 23 de abril de 1997, Caso Van Mechelen e outros c. Países Baixos, §§ 13 e 17; Sentença de 26 de março de 1996, Caso Doorson c. Países Baixos, §§ 68-76; Sentença de 02 de dezembro de 1992, Caso A.M. c. Reino Unido. Somem-se, ainda: Sentença de 20 de novembro de 1989, Caso Kostovski c. Países Baixos, §§ 73, 75 e 76; Sentença de 15 de dezembro de 2011, Caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido, §§ 142 e 143; Sentença de 21 de outubro de 2010, Caso Kornev e Karpenko c. Ucrânia, §§ 54-57; Sentença de 08 de dezembro de 2009, Caso Caka c. Albânia, §§ 112-116, Sentença de 22 de junho de 2006, Caso Guilloury c. França, §§ 57-62.

27 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto...**, cit., p. 147.

28 Em linha de raciocínio semelhante segue a orientação que permite a aplicação do art. 217 do CPP (brasileiro), nas hipóteses quando comparece para declarar uma testemunha que tenha manifestado ter temor em relação ao acusado e se permite que declare em uma posição na qual não possa ser vista pelo imputado. CLIMENT DURÁN, reproduzindo

Situação diferente é lembrada por SCHUMANN, ao enfrentar o ordenamento germânico, pois, quando do uso dos chamados *agentes encobertos* (previsto no § 110 StPO), podem surgir outros problemas em relação ao princípio da imediação. Como há interesse em manter suas identidades em sigilo, admite-se que eles *não compareçam pessoalmente ao julgamento*, sendo que decisões da *Corte Constitucional Federal* e da *Suprema Corte Federal* permitiram a introdução do testemunho indireto nestes casos, como no exemplo de um policial que toma o depoimento do agente encoberto.<sup>29</sup>

O autor parece concordar com essa situação, pois pondera que o juiz deverá levar em consideração que o *testemunho indireto tem menos peso do que um testemunho direto*.

Ocorre que dois pontos de extrema relevância são suplantados: o primeiro, referente à possibilidade de acesso ao depoimento original, não havendo qualquer motivo justificável para a utilização do *testemunho indireto de uma testemunha anônima*, mormente quando considerado que o TEDH, sob determinadas circunstâncias, reputa lícito os procedimentos de preservação de identidade da testemunha. O segundo, por haver irreparável quebra da imediação e do próprio contraditório (com repercussões no direito ao confronto).

E é justamente por esse déficit de confronto e imediação que o TEDH tem reiterados julgados considerando que a testemunha anônima ou o agente encoberto, embora possam ser utilizados como prova, não podem ser a única prova ou mesmo a prova preponderante para a condenação, o que parece ser um equilíbrio importante, mas não suficiente, na medida em que, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, não seria possível a *afecção* da formação da convicção dos julgadores leigos.

#### 4. DEPOIMENTO DO AGENTE INFILTRADO

A *ação infiltrada* constitui hoje um meio de obtenção de prova com grande potencial de eficácia na luta contra o crime organizado,<sup>30</sup> constituin-

---

manifestação do Tribunal Supremo espanhol entende que não há qualquer vulneração à imediação neste caso, quando as testemunhas se declaram protegidas da visão do imputado (e mesmo do público em geral), porque permanece a plena capacidade de interação comunicacional ativa, por parte do juiz, acusado e defensor do imputado (CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal...*, cit., pp. 118-119).

29 SCHUMANN, Heribert. The law of criminal procedure, in: ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Matthias (ed.) **Introduction to german law**. 2ª ed. Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 433-434. Note-se, todavia, que o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), na Sentença de 30 de maio de 1999, *Caso Castillo Petruzzi c. Perú*, §§ 154-155, fixou que o imputado tem o direito de *fazer comparecer em juízo (para ser confrontado)* a testemunha que contra ele declara, reputando ilegal norma do ordenamento interno que veda o acesso do imputado e do seu defensor à testemunha.

30 BRAZ, José. **Investigação criminal: a organização, o método e a prova – os desafios da nova criminalidade**. 2ª

do uma conduta livre, não taxativa, mas vinculada à prossecução dos objetivos previamente definidos e autorizados judicialmente (sendo vedadas, de qualquer modo, a autoria mediata ou instigação e a obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens pessoais como resultantes da atividade infiltrada).

O agente infiltrado<sup>31</sup> é mais do que um simples observador; é um participante ativo na atividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com criminosos, ganha a sua confiança e pode eventualmente cometer crimes, quer na forma de cumplicidade, quer como coautor ou mesmo como simples autor (apenas lhe está vedado agir como instigador ou como autor mediato, repise-se).<sup>32</sup>

E justamente por essa característica (possibilidade de participação ativa no cotidiano criminoso) é que existe a necessidade de controle e autorização judicial. As medidas requestadas devem ser supervisionadas por um membro competente do corpo judicial e, para garantir o direito a um *fair trail*, a sua utilização deve depender de uma autorização prévia.<sup>33</sup>

Note-se que a lei não subordina as ações encobertas a qualquer regime de subsidiariedade, nem se estabelece qualquer limitação proibitiva na colheita da prova. Esta opção decorre do reconhecimento da natureza fechada e celular das organizações criminosas e da opacidade da atividade que desenvolvem, que não permite à partida a qualificação jurídica dos fatos, que só após investigação serão conhecidos.<sup>34</sup>

---

ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319. Note-se que a consciência da importância desta técnica investigatória levou a ONU a consagrar no n.º 1 do art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o recurso a ações encobertas (...) *a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada*.

31 Para ONETO, agente infiltrado é o *agente policial, ou terceiro sob orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar fatos típicos sem, contudo, os poder determinar* (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150).

32 Há clara e incontestável distinção entre as figuras do *agente infiltrado* e do *agente provocador* (neste sentido: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 220). Não se olvidada – e a doutrina nacional se encarrega de aclarar esta situação – que sobre a figura do *agente provocador*, salvo raras exceções, existe uma certa unanimidade doutrinária relativamente a sua inadmissibilidade, por se tratar de um meio proibido de prova na medida em que o agente provocador inculca no sujeito ativo o desígnio criminoso e impulsiona-o de forma decisiva à prática do crime. Doutro modo, o agente infiltrado limita-se a ganhar a sua confiança e por essa via a conhecer o projeto criminoso, ainda que para atingir esse objetivo, tenha eventualmente que praticar alguns atos ilícitos. Assim, relativamente a figura do agente infiltrado, e uma vez feita a rigorosa delimitação entre os dois conceitos, a maioria da doutrina tende a admiti-la como meio legítimo de obtenção de prova, limitando, contudo, a sua utilização a prevenção e investigação da criminalidade mais grave, complexa e organizada, num quadro de exceção as regras gerais do processo penal. Neste sentido: GASPÁR, António Henriques. *As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo*, in: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 43-53.

33 Neste sentido: ONETO, Isabel. **O agente infiltrado...**, cit., p.80.

34 Nestas circunstâncias, a realidade que vai ser conhecida no termo da ação encoberta poderá ser substancialmente distinta da que se conhecia ou antevia no momento em que a mesma foi autorizada, pelo que o requisito da proporcionalidade à gravidade do crime deverá ser entendido como o conjunto de fatos conhecidos ou indiciados *ab initio*, ou seja, no

Quanto à forma de implementação da infiltração, DIAS FERREIRA classifica as operações infiltradas em função do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da operação. Na medida, divide as operações em duas espécies: as *light cover* (infiltração leve) e as *deep cover* (infiltração profunda).<sup>35</sup>

As primeiras caracterizam-se pelo fato de não durarem mais de seis meses, exigirem um menor grau de planejamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, que mantém a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial. Essas operações implicam um menor risco para o agente e têm objetivo preciso, que pode consistir numa transação ou tão só um encontro para colheita de informações. Por outro lado, as *deep cover* caracterizam-se pela imersão no mundo do crime, por período prolongado (exigência de permanência contínua no meio criminoso) e a possibilidade de perda da identidade do agente infiltrado.

E é justamente neste ponto que surge o interesse à atividade probatória: quanto maior a infiltração do agente, maior, em tese, seu grau de informações relevantes para a persecução criminal.

Neste ponto, adverte MENDRONI que, embora silente a lei, deve-se considerar a permissividade de o agente infiltrado servir de testemunha em juízo das ações e situações que presenciou,<sup>36</sup> sendo certo que a valoração da prova – em última análise – ficará a cargo do juiz, levando em conta diversos fatores, tais como o tempo, a penetração e a forma de participação deste agente na organização criminosa.<sup>37</sup>

No entanto, para evitar eventual lado perverso da ação do agente infiltrado, como a criação de fatos imaginários apenas para ratificar sua versão inicial, deverá fazer a indicação de outros elementos de prova que endossem a linha que expõe.

---

momento em que a ação controlada é proposta e autorizada.

35 DIAS FERREIRA, Vanessa. Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans les domaines de la lutte contre le trafic de stupéfiants, *in*: **Révue de droit pénal et de criminologie**, ano 76, Bruxelas, 1996, pp. 557-588.

36 Em sentido contrário, parte da doutrina assevera que, diante da natureza jurídica atribuída à infiltração (*meio de pesquisa ou investigação*), não seria adequado considerar o agente infiltrado como *fonte de prova testemunhal*. Seria plausível considerá-lo um *meio de obtenção de prova*: desta forma ele não poderia depor e o seu depoimento não poderia ser valorado (diante da total incontabilidade do seu conteúdo). Ademais, sob o ponto de vista de sua credibilidade, o depoimento do agente infiltrado teria um grande peso. Logo, se o agente infiltrado informa a conta bancária, o circuito do dinheiro, a rota da droga, o nome do fornecedor, as formas de pagamento, o transportador, o pontos de venda etc., ele está obtendo e transmitindo elementos de provas que poderão e deverão gerar os meios de prova ou mesmo outros meios de obtenção de provas correspondentes: quebras de sigilo, busca e apreensão, vigia ambiental etc. Note-se que discussão sobre a sua natureza tem sido ignorada até pelo TEDH, que resolve a questão pelo fato de se tratar de depoimento anônimo, que não pode ser o único meio de prova ou a prova preponderante.

37 MENDRONI, Marcelo Batlouini. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

Assim, entende-se que o agente infiltrado deve comparecer em juízo, como testemunha – ainda que dotado de uma natureza especial ou distinta – para ser submetido ao teste de credibilidade (e, portanto, ao confronto) de suas declarações, permitindo que demonstre ao juiz e às partes, como as demais provas foram angariadas e obtidas. Impede-se, desta forma, a introdução de conhecimentos fortuitos não relacionados à infiltração desenvolvida pelo agente.

## 5. DEPOIMENTO DE VULNERÁVEL

A oitiva de crianças e adolescentes como testemunhas é tema que sofreu grande giro acadêmico na doutrina recente. Do debate sobre a credibilidade de suas declarações, passou-se a ponderações sobre a necessidade de preservação dos declarantes, considerados para efeitos jurídicos como sujeitos vulneráveis (mormente quando se vinculam ao juízo na figura da vítima de crimes sexuais).

A estrutura de cuidados com a criança no Juizado da Infância e Juventude (ou mesmo *antecipadamente*, nos Conselhos Tutelares), a oitiva e os exames periciais na fase policial e a nova auscultação na fase judicial, além das finalidades processuais, servem como verdadeiro *programa de reedição* da dor advinda do ilícito contra ela praticado. O menor é obrigado a declarar não uma vez senão várias, incitando-o a recordar novamente os fatos, a rememorar cada um dos detalhes em um ambiente muito formalista e distante. Nos casos de abusos sexuais, as crianças, além de sofrerem o mal infinito da agressão, sofrem – posteriormente – o *calvário* do processo penal (gerando o chamado *dano institucional*).

Não fosse suficiente, outro fator vem se somar a esse trágico quadro: os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetados para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

*Tendo em vista que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é – em regra – realizado às escondidas, sem qualquer testemunha presencial, e também não deixa, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – aquele capaz de ser apurado através de perícia médica – conclui-se que o depoi-*

*mento da vítima em juízo é de extremo valor, eis que não é raro que seja a única prova possível de ser produzida.*<sup>38</sup>

O despreparo profissional, a concepção cênica das salas de audiências e as exigências jurídico-processuais acabam por revitimizar as crianças abusadas (o que traz no seu lastro o problema da geração de um *dano psíquico secundário*, o qual, em alguns casos, pode ser maior que o dano primário causado pelo abusador).

Sob outro viés, o trauma suportado pela vítima e os preconceitos enraizados nas mentes dos *operadores do Direito* culminam por minorar a credibilidade dos depoimentos e declarações prestados, o que toma dimensão perigosa quando considerado que, na maior parte dos casos de abuso sexual cometidos contra um menor, o testemunho dele constitui a prova fundamental, às vezes a única, de que se dispõe.

A falta de credibilidade no relato infantil não se justifica quando a afirmação é de que, como regra, as crianças fantasiam, mentem, são vulneráveis a sugestões, incapazes de separar a realidade de seus desejos sexuais, etc. Na verdade, a real justificativa para não validação da versão é o próprio sentimento dos adultos que não suportam admitir que seus semelhantes possam praticar tamanha violência contra os indefesos. Trata-se da negação, no dizer de DOBKE, da primeira e mais primitiva defesa psicológica dos adultos, que procuram dessa forma diminuir a própria vergonha, bem como minimizar a problemática enfrentada em cada caso analisado.<sup>39</sup>

Diante desse cenário, como bem frisado pela doutrina especializada, o primeiro passo a ser dado é o tratamento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos (e não como mero objeto da atuação jurisdicional).<sup>40</sup>

38 DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 18-19.

39 DOBKE, Veleda. **Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 37: *Como ensina Sanderson (2005, p. 237), nesses casos, alguns pais preferem não acreditar na criança a se confrontar com a dura realidade de ver uma pessoa de confiança como um pedófilo, sendo a negativa também uma das formas que encontram para se desculparem do fracasso da missão tutelar em que estavam investidos*.

40 O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas à infância e à juventude. No plano geral, após sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivo (DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano**..., cit., pp. 40-41). Consigna-se que a proteção das vítimas em relação à *vitimização primária* e a *vitimização secundária* é inerente ao Estado de Direito, impondo-se quer como forma de proteção imediata de certos direitos fundamentais, tais como os direitos à vida, à integridade física, à privacidade e à propriedade, diante do perigo sério da sua lesão (prevenção da vitimização primária), quer como forma de proteção mediata desses direitos fundamentais diante das insuficiências e deficiências das respostas do Estado e de outras entidades públicas a vítima do crime (prevenção da vitimização secundária). O direito à proteção do Estado contra a vitimização secundária

O processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor (ou mesmo de qualquer outra vítima), senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal, panorama que se encontra em abissal dissonância com o regramento constitucional, mormente no que toca ao cuidado e integral proteção devida à criança. Daí a necessidade de (re)pensar sua intervenção do processo penal, na qualidade de vítima ou testemunha, com adaptação ou formação dos recursos destinados à utilização do *conhecimento* e da *experiência* da vítima menor.<sup>41</sup>

A doutrina, então, variando apenas quanto ao método, sugere que a inquirição de crianças seja realizada através de profissional habilitado, com o uso de um ambiente distinto da sala de audiências, onde profissional e criança possam interagir, tudo visando a combater a chamada *vitimização secundária*,<sup>42</sup> consistente nos sofrimentos suportados pelas vítimas e pelas testemunhas, que são provocados pelas instituições encarregadas pelas instâncias da justiça penal, tais como: polícia, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias etc.

No modelo mais divulgado, através de um ponto eletrônico, as perguntas do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou Privado são passadas a profissional da área psicossocial, que as repassa à criança, de forma considerada mais coerente e adequada ao seu universo (cognitivo). O papel do técnico, no chamado *depoimento sem danos* (ou *com redução de danos*), é basicamente de intermediação, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do Direito de maneira adequada, fazendo uso, quando necessário, de recursos audiovisuais.

Importante destacar que a adoção de tal recurso, assim como na sistemática da inquirição direta, não garante nem facilita a descoberta de

---

tem sido afirmado desde os acórdãos do TEDH proferidos nos casos *Kaya*, *Ergi e Yasa* c. Turquia (diante do direito à vida), *Kurt* c. Turquia (diante do direito à integridade física) e *Craxi* v. Itália (diante do direito à privacidade), mesmo em face de procedimentos criminais em que o Estado reconhece a lesão, mas não condena o responsável (*Bekos e Kontrapoulos* c. Grécia) ou procedimentos criminais em que o Estado condena os responsáveis, mas aplica penas que não são adequadas, por manifestamente insuficientes (*Okekali* c. Turquia). Em todos estes *leading cases*, foram censuradas insuficiências e deficiências das respostas dadas pelo Estado à vítima do crime ou aos familiares da vítima do crime, titulares do direito de queixa, tendo aquelas insuficiências e deficiências provocado uma vitimização secundária.

41 Frise-se, como premissa necessária ao desenvolvimento do trabalho, que é impensável a exclusão de crianças e adolescentes do rol de *testemunhas* ou *ofendidos* que deverão ser ouvidos no processo penal, seja pelas garantias quanto à ampla produção probatória que amparam as partes, seja para evitar ou afastar a denominada *síndrome do segredo* na criança.

42 Fala-se, ainda, em *princípio de evitação da segunda vitimização*. A intervenção de uma criança em juízo é vivida geralmente como uma experiência estressante e potencialmente provocadora de efeitos a longo prazo: os menores podem padecer de uma grande ansiedade antes, durante e – inclusive – depois da celebração do ato processual. Ademais, confrontação com adultos e as possíveis perguntas agressivas das partes são as situações que mais sequelas traumáticas podem deixar nas crianças.



manifestações falsas ou fantasiosas das crianças (para tanto, fundamental seria a realização de profundo acompanhamento psicológico, em ambiente e tempo próprios, estabelecidos por profissional habilitado e sem a direta finalidade de utilização no processo penal).<sup>43</sup>

Numa primeira e rápida tentativa de fixação da possibilidade de utilização do instituto de *depoimento com redução de danos*, a doutrina costuma fazer referência ao especial cuidado que os operadores do Direito devem ter com os constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa quando da inquirição de crianças e adolescentes (vítimas de crimes ou testemunhas). Ademais, refere-se que a *obediência ao contraditório e à ampla defesa* importaria numa melhor forma de inquirir tais pessoas, evitando-se novos danos psíquicos às vítimas.<sup>44</sup>

Ocorre que ligeira atecnia parece surgir quando da tentativa de conexão dessas *retas paralelas* (*depoimento com redução de danos* e princípios do contraditório e da ampla defesa), pois, o contraditório – especialmente – não acarreta qualquer alteração na forma de obter as informações com a colheita da prova oral, que segue as mesmas vertentes do chamado *testemunho direto*.

Sob a vertente jurídica, a ideia básica de *contraditório* passa pela necessidade de ciências a todas as partes envolvidas em determinado processo quanto aos *acontecimentos processuais*, possibilitando-se/facultando-se a reação a tais *acontecimentos*. Em outras palavras: trata-se da necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.<sup>45</sup>

---

43 De forma simultânea (e com vistas à utilização probatória), possível e importante o manejo do estudo psicossocial, permitindo que equipes interdisciplinares em atuação no Juízo Criminal estabeleçam atividade tipicamente psicológica com a criança, aportando conhecimentos outros à convicção judicial (contando com a possibilidade de, como *experts*, comparecerem em juízo para que se proceda a inquirição sobre os conhecimentos adquiridos a partir da interação com a criança). Uma situação limite como esta acima revela a transcendência da imediação para obter um conhecimento fundado, porém também suas debilidades no sentido de que é perfeitamente factível que não baste com a presença, e ainda intervenção direta, do órgão sentenciador, sendo preciso em algumas ocasiões a assistência de especialistas que ajudem a superar as dúvidas que o julgador não pode resolver por si mesmo. Essa assistência não eximirá o juiz de cumprir com sua obrigação de analisar todos e cada um dos extremos mencionados, ponderando a credibilidade do ofendido ou da testemunha à luz do resto dos fatores subjetivos e objetivos que concorram na causa. Neste sentido: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 101.

44 DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano...**, cit., p. 19.

45 NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Em monografia dedicada ao tema, SOUZA aponta que concebe-se o *contraditório* como sendo garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito (SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia**

Como de fácil constatação, qualquer que seja o conteúdo conferido ao *princípio do contraditório*, não há qualquer relação com a temática do *depoimento com redução de danos*, que, como já visto, consiste em técnica especial de inquirição da vítima ou da testemunha menor, *com a direta participação das partes interessadas* (logo, com ciência e oportunidade de reação).

De igual sorte, considerando a possibilidade de interação comunicacional direta e simultânea, não existe, nessa modalidade, qualquer lesão ao princípio da imediação. O acúmulo de características cognitivas e emocionais da infância gera uma linguagem própria. Ainda que a criança possa utilizar as mesmas palavras do repertório adulto, as construções mentais que determinam a intenção e o significado das mesmas diferem das de um adulto.

Assim, a tomada de declarações infantis deveria ser semelhante ao uso de um intérprete nos casos em que o declarante não domina a língua convencional utilizada pelo juízo. Nesse sentido, não implica uma limitação substantiva à possibilidade de questionar ou comunicar-se de maneira direta com uma criança, exigindo-se unicamente que a forma na qual se desenvolve dita comunicação seja através de um intérprete especializado em linguagem infantil.

Gize-se que, no entanto, dentre as medidas concretas propostas para o tratamento diferenciado da vítima vulnerável, destaca-se a *conveniência* de não repetir as declarações dos menores na fase de instrução (muitas vezes realizada na ausência do imputado) e promover a prova pré-constituída e os testemunhos de referência, momento em que o questionamento sobre o respeito ao contraditório e à imediação pode ser renovado.

Nessa linha, a Sentença TEDH de 2 de julho de 2002, Caso S.N. c. Suécia, §§ 46, 47, 52 e 53, admite a ausência de imediação em relação aos processos penais por delitos sexuais que afetem menores;<sup>46</sup> e as Sentenças

---

**em face da natureza dialética do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

46 Na passagem original: 46. In regard to the circumstances of the present case, the Court observes that the statements made by M. were virtually the sole evidence on which the courts' findings of guilt were based. The witnesses heard by the courts – M.'s mother and his schoolteacher – had not seen the alleged acts and gave evidence only on the perceived subsequent changes in M.'s personality. The District Court stated that the outcome of the case was entirely dependent on the credibility of M.'s statements and the Court of Appeal considered that this was of decisive importance in determining the applicant's guilt. It must therefore be examined whether the applicant was provided with an adequate opportunity to exercise his defence rights within the meaning of Article 6 of the Convention in respect of the evidence given by M.

47. The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (see *Baegen v. the Netherlands*, judgment of 27 October 1995, Series A no. 327-B, opinion of the Commission, p. 44, § 77). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours (see *Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 471, § 72, and *P.S. v. Germany*, no. 33900/96, § 23, 20 December 2001).

52. Nor can it be said that the applicant was denied his rights under Article 6 § 3 (d) on the ground that he was unable to examine or have examined the evidence given by M. during the trial and appeal proceedings. Having regard to the special features of criminal proceedings concer-

TEDH de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c. Itália, §§ 67, 70, 72 a 76, e de 27 de novembro de 2007, Caso Zagária c. Itália, § 29, admitem o uso da videoconferência condicionado a que se persigam fins legítimos – tais como a *defesa da ordem pública, a prevenção do delito, a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à segurança das testemunhas e das vítimas dos delitos, assim como o respeito à exigência de prazo razoável* – e a que seu desenvolvimento respeite o direito de defesa do acusado.

Importante destacar que quem exerce o poder familiar, a tutela ou a guarda do menor poderá estar presente, salvo que seja imputado, ou caso o juiz, excepcionalmente e de forma motivada, determine o contrário. Isso porque, acompanhando o Professor BARBOSA MOREIRA, é importante lembrar que, na esfera das audiências que envolvam incapazes (que devem ser assistidos, via de regra, por seus responsáveis) e fatos que envolvam confrontos e rivalidades familiares, em que incumba a crianças e adolescentes a declaração sobre fatos relevantes da demanda (exemplificando-se com o caso da inquirição de uma criança sob a supervisão paterna ou materna), normalmente não haverá muita esperança de que ele se disponha com grande facilidade a prestar declarações sinceras e exatas sobre fatos desagradáveis relacionados com o pai ou a mãe.

É possível especificar os casos de atos infracionais ou depoimentos em processos criminais (em que o adolescente é coautor ou partícipe) em que o responsável desconhecia a prática delitiva, o que torna ainda mais complexo o processo de declarações. E conclui: *a verdade é que entre juiz e a criança ou adolescente se interpõe um véu sutil, porém, às vezes, quase impenetrável.*<sup>47</sup> ❖

---

*ning sexual offences (see paragraph 47 above), this provision cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means. The Court notes that the videotape of the first police interview was shown during the trial and appeal hearings and that the record of the second interview was read out before the District Court and the audiotape of that interview was played back before the Court of Appeal. In the circumstances of the case, these measures must be considered sufficient to have enabled the applicant to challenge M.'s statements and his credibility in the course of the criminal proceedings. Indeed, that challenge resulted in the Court of Appeal reducing the applicant's sentence because it considered that part of the charges against him had not been proved. 53. The Court reiterates, however, that evidence obtained from a witness under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care (see Doorson, cited above, p. 472, § 76). In its judgment of 6 May 1996 the Court of Appeal noted that the questioning of children during pre-trial investigations must meet high standards with regard to procedure and content. The court took into account the fact that some of the information given by M. had been vague and uncertain and lacking in detail. The court also had regard to the leading nature of some of the questions put to him during the police interviews. In these circumstances, the Court is satisfied that the necessary care was applied in the evaluation of M.'s statements.*

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas de la intermediación en el proceso civil, *in*: **Revista de processo**, nº 34, abr.-jul./1984, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 194.

# A Responsabilidade Civil na Internet: Uma Análise da Lei 12.965/2014

**Walter Aranha Capanema**

*Advogado, autor e professor. Coordenador do Curso de Extensão em Direito Eletrônico da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.*

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar e criticar o modelo de responsabilidade civil trazido pelo “Marco Civil da Internet”, bem como apontar formas de proteção do consumidor diante das novas tecnologias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Marco Civil, responsabilidade civil, direito do consumidor, privacidade e intimidade.

**ABSTRACT:** *This article aims at analyzing and criticizing the model of civil liability brought by the “Civil Internet Framework”, as well as pointing out forms of consumer protection in the face of new technologies.*

**KEYWORDS:** *Civil Internet Framework, liability, consumer rights, privacy.*

## INTRODUÇÃO

John Perry Barlow, famoso ativista dos direitos na Internet, defendeu, na já clássica “Declaração de Independência do Ciberespaço (1996)”<sup>1</sup>, a ideia de que a rede deveria ser tratada como um novo mundo, sem regras, e livre dos abusos autoritários dos governos.

Essa afirmação mostrou-se utópica, pois o mundo digital é apenas um prolongamento do “real” e, portanto, é preciso que existam normas para reger os seus fatos jurídicos.

---

<sup>1</sup> BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

No caso específico do Brasil, passou-se a pensar na necessidade de se criar uma lei que estabelecesse direitos, garantias e deveres dos usuários e das sociedades empresárias na era digital.

O “Marco Civil da Internet”, como foi pomposamente denominado, surgiu com uma grande campanha, permitindo, de forma inovadora, a contribuição popular de sugestões por meio de um *site*<sup>2</sup>.

Essas contribuições foram selecionadas e compiladas em um projeto de lei (PL 2126/2011) da relatoria do Deputado Alessandro Molon (PT-RJ).

Após cerca de 3 anos de debates parlamentares e formalidades legislativas, a Presidente Dilma Rousseff promulgou a Lei 12.965/2014, na abertura do evento NetMundial, realizado em São Paulo, em 23.04.2014<sup>3</sup>.

A norma tratou, em 32 artigos, de questões como os direitos e garantias dos usuários, a neutralidade da rede, a retirada de conteúdo lesivo, a guarda de registros, e a responsabilidade civil.

Esse último assunto, dada a sua imensa repercussão no campo prático, especialmente com o aumento do uso abusivo das redes sociais, é o foco do presente artigo.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI 12.965/2014: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

É importante fixar, de início, que o Marco Civil não regula todas as questões que digam respeito à responsabilidade civil da Internet, mas apenas às hipóteses relacionadas com os provedores diante dos danos decorrentes de conteúdos criados por terceiros.

Esses provedores, que normalmente são instituídos como pessoas jurídicas, podem, com base no art. 5º, ser classificados como:

a) de conexão: são aqueles que prestam o serviço, geralmente remunerado, de permitir o acesso do usuário à Internet;

b) de aplicação: são todas funcionalidades que existem na Internet, como sites, aplicativos, serviços e jogos. Podem ser remunerados ou gratuitos. Nesse último caso, são remunerados indiretamente pela publicidade ou pela venda dos dados dos seus usuários.

Haverá, portanto, situações em que o Marco Civil não será utilizado, aplicando-se as normas já existentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

<sup>2</sup> O site está hospedado no endereço <http://culturadigital.br/marcocivil/>

<sup>3</sup> ARAUJO, Bruno. **Dilma sanciona o Marco Civil da internet na abertura da NETMundial**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/netmundial-inicia-com-obrigado-snowden-e-defesa-da-internet-livre.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.

Se, por exemplo, um vizinho difamar outro em mensagem de rede social, a ação de responsabilidade civil promovida pela vítima em face do agente será fundamentada no Código Civil, não havendo a necessidade de se invocar, nesse aspecto, o Marco Civil.

Passa-se, então, a analisar as espécies de responsabilidade civil previstas na lei.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE CONEXÃO (ART. 18)

Dispõe o art. 18:

“Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

A função do provedor de conexão é a de mero “transportador” dos dados dos usuários. Não pode responder pelo conteúdo da comunicação que realiza. Seria o mesmo que responsabilizar os Correios pelo envio de uma carta ofensiva.

Logo, se um usuário do provedor XYZ posta uma mensagem desonrosa em uma rede social, será, a princípio, o único responsável pelo fato.

Mas o provedor não poderia analisar o conteúdo que passa por sua infraestrutura? A resposta é negativa. O próprio Marco Civil, em seu art. 9º, §3º<sup>4</sup>, veda as condutas de monitorar, filtrar e analisar as informações (a que a lei se refere pelo seu nome técnico - “pacote de dados”).

Além disso, essa atividade de monitoramento poderia constituir o crime de interceptação ilegal de comunicação telemática, previsto no art. 10 da Lei 9.296/96.<sup>5</sup>

Quando se projetou a ARPANET<sup>6</sup>, a rede de computadores que originou a Internet, os seus criadores pensaram em uma arquitetura que privilegiasse a comunicação, não se importando com o seu conteúdo<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> “§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.”

<sup>5</sup> “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

<sup>6</sup> Sigla, em inglês, de *Advanced Research Projects Agency Network* (“Rede de Agências para Projetos de Pesquisas Avançadas”). Rede de computadores, criada nos anos 60, precursora da Internet.

<sup>7</sup> HAFNER, Katie. *Where Wizards Stay Up Late: The Origins Of The Internet*. Estados Unidos: Simon & Schuster, 1998.p.174

Tal filosofia, inclusive, foi consagrada como um dos 10 princípios para a governança e uso da Internet no Brasil pelo Comitê Gestor da Internet – CGI.br: o **princípio da inimitabilidade da rede**<sup>8</sup>. De acordo com esse princípio, aquele que exerce a atividade instrumental de transporte e de acesso a dados não poderá ser responsabilizado civil e penalmente pelos danos causados pelo conteúdo desses dados.

Embora pareça óbvio, nunca é demais ressaltar que o art. 18 só isenta a responsabilidade civil do provedor de conexão caso o dano tenha sido causado por terceiros.

Assim, por exemplo, se o usuário/consumidor contrata um serviço à conexão de internet que tenha a velocidade “X”, se tal cláusula não for cumprida, há um dano evidente, a ser reparado segundo as regras do CDC, e o provedor responderá civilmente de forma objetiva, na qualidade de fornecedor de serviços.

O tratamento da responsabilidade civil do provedor de aplicação, diferentemente, é mais complexo e polêmico, e será analisado a seguir.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO (ARTS. 19 A 21)

O Marco Civil, em seus arts. 19 a 21, regulamenta a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de duas formas, de acordo com o conteúdo do material danoso:

- Regra geral: informações danosas genéricas - arts. 19 e 20;
- Regra especial: informações danosas de conteúdo íntimo e sexual - art. 21.

### a) Regra geral: arts. 19 e 20

O *caput* do art. 19 estatui:

“Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial

---

<sup>8</sup> “7. **Inimitabilidade da rede**. O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos”. COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

A parte inicial do artigo é desnecessária. Afirma que a norma assegura a liberdade de expressão. Não era preciso, afinal, trata-se de um dos princípios da lei (art. 3º, I), e de uma das garantias para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º, *caput*).

O provedor de aplicação não responde, a princípio, pelo conteúdo danoso (a que a lei denomina de “infringente”) gerado por terceiros que utilizam a plataforma<sup>9</sup>. Assim, por exemplo, se um usuário do *Facebook* posta uma mensagem ofensiva à honra de alguém, a responsabilidade civil é exclusiva do autor do fato.

A responsabilidade do provedor, contudo, só surgirá na hipótese de não cumprimento de uma ordem judicial de indisponibilização do conteúdo.

Mas essa ordem judicial precisa atender a dois requisitos: ser específica, ou seja, indicar precisamente qual o conteúdo lesivo, e conceder prazo razoável para a indisponibilização.

Para a indicação do material infringente, a lei não exige que o ofendido indique o endereço na Internet (URL)<sup>10</sup> em que está hospedado o material.

Há três boas razões para isso:

1. Há conteúdos que não estão disponíveis nos tradicionais endereços de Internet, como os jogos *online* e os aplicativos;

2. Muitos endereços são dinâmicos. Uma informação que estava na página principal de um site de jornal, pode, em pouco tempo, ser colocada em outra;

3. Exigir a URL seria uma formalidade excessiva. Se o endereço do conteúdo lesivo for [http://www.siteofensivo.com.br/blogs/blogsdorj/usuarioserginho/blodoserginho1975/index/página1234\\_5678aa/123.html](http://www.siteofensivo.com.br/blogs/blogsdorj/usuarioserginho/blodoserginho1975/index/página1234_5678aa/123.html), um único caractere alterado por um erro material poderia resultar na nulidade da decisão que determinou a indisponibilidade do material.

Nesse sentido, pela inexistência da indicação da URL, é a jurisprudência dos Tribunais:

<sup>9</sup> Por questões didáticas, utilizar-se a expressão “plataforma” para o conjunto de serviços e ferramentas oferecidos por um provedor de aplicação.

<sup>10</sup> A denominação técnica do endereço da Internet é *Uniform Resource Locator* – URL (“Localizador Padrão de Recursos”). Seria, por exemplo, <http://www.siteofensivo.com.br/página.html>.



“O artigo 19, § 1º da Lei 12.965/14 determina a indicação precisa do conteúdo ofensivo a ser excluído da internet, o que pode ser obtido por outros meios além da indicação das URLs. Assim, havendo elementos suficientes para identificação precisa das publicações a serem retiradas da rede social, deve ser cumprida a ordem judicial” (TJMG – Agravo de Instrumento nº 0807534-37.2014.8.13.0000).

A preocupação da lei com a individualização é tamanha que, dentre os requisitos da decisão que determina a indisponibilidade, é o único a provocar a sua nulidade (§1º):

§ 1º A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

O outro requisito para a emissão da ordem judicial, o prazo, deverá ser proporcional à complexidade do pedido e da extensão do dano causado pelo conteúdo infringente. Assim, por exemplo, se forem diversas páginas ofensivas, o tempo para torná-las indisponíveis poderá ser eventualmente maior.

É importante levar em consideração o fator tempo nas relações jurídicas que ocorrem na Internet. Um dia de exposição da ofensa pode ser suficiente para trazer pesados dissabores à vítima.

O STJ, em julgado anterior à vigência do Marco Civil, entendeu razoável o prazo de 24 horas para a retirada do conteúdo<sup>11</sup>. Por outro lado, caso o prazo seja definido em dias, deverá ser contado em dias úteis, conforme determina o art. 219 do Novo CPC<sup>12</sup>.

Tornar indisponível não é o mesmo que apagar. É deixar o conteúdo armazenado, mas inacessível aos usuários da Internet. Há utilidade para essa medida. Se o conteúdo infringente fosse, ao contrário, apagado, não poderia ser utilizado como prova pelas eventuais outras vítimas do fato que só tomaram ciência do dano em momento posterior.

<sup>11</sup> “Dessarte, obtemperadas as peculiaridades que cercam a controvérsia, considero razoável que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor **retire o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas**, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.” (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.754 -RJ – Rel. Nancy Andrighi). Para a Ministra Relatora, essa retirada seria, na verdade, uma suspensão preventiva das páginas, para que o provedor tivesse um tempo maior para analisar se o conteúdo delas era lesivo.

<sup>12</sup> Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Infringente é todo conteúdo que provoque dano moral ou patrimonial à vítima, como por exemplo, a divulgação de dados pessoais ou a ofensa à sua honra, não importando o seu meio de divulgação: redes sociais, e-mails etc.

Logo, a responsabilidade civil surge a partir de um fato processual, ou seja, do não atendimento da ordem judicial de indisponibilização.

O art. 19 é silente no que diz respeito à espécie de responsabilidade civil. Objetiva? Subjetiva? Vai depender do tipo de relação entre as partes. Se for consumerista (inclusive nos casos de acidente de consumo), será objetiva. Nos demais casos, subjetiva.

O juiz, visando à efetividade da sua decisão, poderia impor multa diária ao provedor de aplicação como medida coercitiva, aplicando-se, assim, o art. 139, IV do Novo CPC<sup>13</sup>.

O provedor de aplicação não precisa integrar o processo para ser destinatário da ordem judicial. A lei fala em “ordem judicial específica”. A parte lesada poderá promover uma ação de responsabilidade civil em face do causador do dano, constando, no rol dos pedidos, um requerimento para que magistrado determine que o provedor de aplicação indisponibilize os dados.

Não há necessidade de se promover o contraditório com o provedor, afinal, os dados objeto da ordem não foram por ele produzidos e não lhe pertencem. Inclusive, o art. 20, que será abordado mais adiante, estabelece o dever do provedor de comunicar ao usuário autor do material tornado indisponível as razões desse fato, para que este possa promover eventuais medidas judiciais em defesa dos seus direitos.

Mas a regra do *caput* do art. 19 não é aplicada para todas as situações envolvendo um provedor de aplicação. A sua parte final ressalva as disposições legais em contrário. Uma delas está no próprio Marco Civil: o art. 21, que trata da pornografia de vingança.

O §2º<sup>14</sup> afasta a aplicação dessa espécie de responsabilidade às questões de direitos autorais, salvo se houver previsão legal específica.

O §3º<sup>15</sup> determina a competência dos juizados especiais para as causas que versem sobre “ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos

13 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: ( ) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

14 § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

15 § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade” e sobre a “indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet”.

A norma não possui boa técnica. Os juizados especiais são competentes, na realidade, não só para as causas que envolvam a reputação, ou seja, em que houve dano moral, mas, inclusive, para as hipóteses de prejuízo econômico, desde que se atenda o limite máximo de valor da causa em 40 salários-mínimos, e que não seja necessária a prova pericial.

O §4<sup>o</sup><sup>16</sup> trata dos requisitos da antecipação da tutela, que são os seguintes: prova inequívoca do fato e verossimilhança da alegação do autor; interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É uma hipótese específica de tutela antecipada voltada para a indisponibilização de conteúdo, com alguns requisitos que já eram previstos no art. 273 do CPC/73, como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, mas apresenta um novo: o interesse coletivo na manutenção da informação, a ser avaliado pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Questões que digam estritamente respeito à intimidade e à privacidade do peticionante recomendam a concessão da tutela.

O art. 20, *caput*<sup>17</sup> trata do dever de comunicação do provedor de aplicação ao seu usuário que teve o conteúdo tornado indisponível. Obviamente, só o fará se tiver algum canal de contato com aquele (endereço de e-mail, telefone).

O provedor deverá comunicar os motivos e fundamentos da indisponibilização, bem como o conteúdo. O objetivo, a lei deixa claro: oferecer elementos para que o usuário, autor do conteúdo, eventualmente impugne judicialmente a restrição.

Inexplicavelmente, a lei não previu uma sanção para o provedor de aplicação que descumpra o dever de comunicação.

O provedor de aplicação só não estará obrigado a cumprir essa norma em caso de previsão judicial ou legal expressa.

---

16 § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

17 Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

O parágrafo único<sup>18</sup> trata de outro dever imposto ao provedor de aplicação mas, ao contrário da obrigação do *caput*, esta é destinada apenas àqueles que exercem essa atividade de forma empresária. É o dever de substituir o conteúdo indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à medida, desde que tenha sido solicitado pelo usuário.

Nada impede, todavia, que o próprio lesado solicite a publicação da decisão judicial que tornou o material indisponível, com fundamento na Lei do Direito de Resposta (Lei 13.188/2015) ou, se se tratar de questão eleitoral, na Lei 9.504/97. Poderá, inclusive, fazer a substituição do conteúdo pela ordem judicial por si mesmo, sem a intervenção do provedor.

A outra espécie de responsabilidade civil prevista no Marco Civil possui um regramento mais simples, apesar da importância do bem que protege. Será estudada a seguir.

#### b) Regra especial: art. 21

O art. 21 do Marco Civil regulamenta a responsabilidade civil em caso da divulgação de conteúdo sexual:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Busca-se combater uma prática cada vez mais comum na Internet: o denominado *revenge porn* (“pornografia de revanche” ou “de vingança”), que consiste na disponibilização sem autorização de fotos, vídeos ou qualquer outro material de conteúdo sexual, com o objetivo de causar dano à imagem, à honra e à intimidade da vítima.

---

<sup>18</sup> Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Pela importância dos direitos protegidos, há um procedimento menos formal para a configuração da responsabilidade do provedor de aplicação. Enquanto que no art. 19 ela se configura pelo não atendimento de ordem judicial, no art. 21, por outro lado, decorre da omissão em observar a notificação enviada pela vítima ou por seu representante legal, caso seja menor. Nesse caso, a conduta, além de ilícito civil, poderá tipificar o crime do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)<sup>19</sup>.

Essa notificação deve ser entendida como qualquer meio de comunicação inequívoca (*e-mail*, redes sociais, aplicativos de mensagem etc) em que se solicita a indisponibilização de determinado material de cunho sexual.

Visa, também, determinar o termo *a quo* da eventual responsabilidade civil do provedor. Nada impede que a parte ofendida, dada a natureza do interesse em jogo, promova, imediatamente, uma ação judicial pleiteando a indisponibilização do material<sup>20</sup>.

Esse material pode assumir as mais diversas formas: vídeos, fotos e ainda gravações de áudio ou a transcrição de uma conversa em um aplicativo de mensagens.

A lei não define um prazo para a indisponibilização do conteúdo. No art. 21, esse prazo será determinado pela vítima em sua notificação, a qual deverá observar os dois requisitos estabelecidos no parágrafo único<sup>21</sup>, sob pena de nulidade: a identificação do material infringente e a verificação da legitimidade do pedido.

O primeiro requisito também está previsto no art. 19, §1º, pelo que se remete àquela norma. Quanto à verificação de legitimidade do pedido, consiste na comprovação ao provedor de aplicação de o material conter a divulgação de material que diga respeito à intimidade da vítima.

E, se a notificação for nula, por não atender aos requisitos legais, a vítima poderá repeti-la? Deve-se entender que sim, pois a nulidade é

---

19 Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

20 A parte poderia se utilizar, por exemplo, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter de urgência, prevista no art. 303 do Novo CPC (Lei 13.105/2015), em que a urgência deve ser contemporânea à propositura da ação, com menos formalidades processuais (requerimento de tutela antecipada, indicação do pedido de tutela final etc).

21 Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

apenas daquele ato jurídico, que é estanque, e não guarda relação com posteriores notificações.

A melhor interpretação para o art. 21, parágrafo único do Marco Civil, em consonância com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, é que a inobservância dos requisitos não constitui nulidade, mas mera irregularidade.

Merece análise, também, outro aspecto *sui generis* do art. 21, a saber: a forma de responsabilização. Enquanto que no art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicação só surge a partir do não atendimento da ordem judicial, no artigo em comento há uma inexplicável proteção do provedor.

A responsabilidade do provedor de aplicação no art. 21 só surge de forma subsidiária, ou seja, decorre do fato de o autor do fato danoso (aquele que divulga sem autorização do material íntimo) não possuir bens para indenizar a vítima ou, ainda, que não tenha sido identificado (conseguiu ocultar sua identidade<sup>22</sup>).

É preciso chamar a atenção para o fato de que há aqui duas condutas e dois danos, distintos e relativamente independentes entre si. O agente divulga o conteúdo danoso, ofensivo à intimidade da vítima (dano 1); enquanto que o provedor de aplicação se recusa a atender a notificação de indisponibilização (dano 2). Não há razão para a subsidiariedade definida pela lei.

Na verdade, a responsabilidade civil na Lei 12.965/2014 foi definida de forma errônea, privilegiando os provedores de aplicação e ignorando as especificidades da Internet. Deixa os consumidores e os usuários desprotegidos, especialmente em uma situação em que a sua intimidade é atingida.

Assim, é fundamental repensar a responsabilidade civil dos provedores.

## **CRÍTICAS AO MODELO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA LEI 12.965/2014. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PLATAFORMA**

Normalmente, a relação jurídica entre o usuário e o provedor de aplicação é de trato consumerista, e o modelo de responsabilidade civil definido na Lei 12.965/2014 gera uma forte antinomia com as regras e princípios do Direito do Consumidor.

---

<sup>22</sup> Vale notar que, nos casos de pornografia de vingança, dificilmente a segunda hipótese ocorrerá. Normalmente, o responsável pela divulgação do material é alguém com quem a vítima manteve um relacionamento íntimo, como um ex-marido ou ex-namorado.

Pelo CDC, a responsabilidade civil surge com o fato danoso (art. 14), enquanto que, na Lei 12.965/2014, exige, para a sua configuração a conduta do consumidor em promover uma ação judicial (art. 19) ou notificar o provedor (art. 21).

Por qual razão os provedores de aplicação, que são fornecedores de produtos e serviços, teriam um modelo de responsabilidade diferente dos demais e, ainda, mais oneroso ao consumidor?

A responsabilidade civil subsidiária do art. 21 é totalmente diferente do CDC: naquela norma busca-se proteger o provedor de aplicação; nesta, visa-se garantir o pleno ressarcimento do consumidor (arts. 13, I<sup>23</sup> e 28, §3<sup>24</sup>).

Portanto, o Marco Civil da Internet não é a “Constituição da Internet”, que tanto se prometeu, mas o “Código de Defesa dos Provedores”.

É uma norma que estabelece diversas medidas de defesa dos provedores de aplicação, criando exceções às regras protetivas do CDC.

Exige, no caso do art. 19, a judicialização para a configuração da responsabilidade do provedor, trazendo o ônus para o consumidor. Passa a surgir de um fato processual.

Se essa responsabilidade só surge a partir de um fato processual, ela estimula a negligência dos provedores, que recebem “carta branca” para não atender a qualquer solicitação extrajudicial do usuário ofendido<sup>25</sup>.

Essa judicialização, além de contribuir para o aumento da quantidade de processos em trâmite – um sério problema da realidade brasileira – entra em conflito com o Novo CPC, que prestigia a arbitragem e a mediação.

Portanto, o Marco Civil diminuiu as proteções garantidas pelo Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual se questiona a constitucionalidade dos arts. 19 a 21.

A Constituição Federal prestigia a defesa do consumidor em dois pontos: no rol de direitos e garantias (art. 5<sup>o</sup>, XXXII); e, ainda, ao defini-la como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V).

---

23 Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

24 § 3 As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

25 Nesse sentido, Marcelo Thompson: “O que o Marco Civil traz, portanto, é um instrumento que promove a conduta irrazoável e irresponsável de provedores de serviços na internet. Isto porque, mesmo provedores de serviços que ajam com negligência – ou até mesmo com malícia – na manutenção de conteúdo de cuja existência têm ciência, não poderão ser de qualquer forma responsabilizados, senão pelo descumprimento de ordem judicial extemporânea e, muitas vezes, jurisdicionalmente distante”. THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos?** Democracia, razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Vol. 261, p.214. Rio de Janeiro: Fórum, set-dez. 2012.

E uma das formas de realizar essa defesa é afastar a aplicação de qualquer norma que exclua, diminua ou enfraqueça o consumidor.

O STF, entendeu, por exemplo, a inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia<sup>26</sup> ao direito brasileiro, pois implicava retrocesso social aos direitos assegurados no Código de Defesa do Consumidor<sup>27</sup>. Há portanto, aplicação do princípio de vedação ao retrocesso.

A questão da constitucionalidade do art. 19 foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), o qual, em sede de apelação cível<sup>28</sup>, entendeu pela validade da norma:

“O autor argumenta que a normativa anterior (Código de Defesa do Consumidor) previa a responsabilidade objetiva, amenizada sob a nova normativa (Marco Civil da Internet) em relação aos provedores. A arguição, **contudo, desconsidera os elementos históricos, sociais e econômicos que justificam a alteração: são novas relações, imprevisíveis ao legislador anterior, dado o avanço tecnológico e a relevância que o tema, em poucos anos, atingiu**”. (grifei)

*Data venia*, o fato de a internet criar novas relações jurídicas não pode justificar a criação de leis que enfraqueçam e diminuam a defesa do consumidor, como é o caso do Marco Civil.

Guilherme Martins, em brilhante obra sobre a responsabilidade civil na Internet, aponta a inconstitucionalidade do art. 19, § 2º, o qual afasta a incidência do *caput* às questões envolvendo direito autoral.

Entende o ilustre professor que o Marco Civil, aqui, determinou a prevalência dos direitos patrimoniais sobre os da personalidade, prestigian-do, assim, a rica indústria do entretenimento. Violaria, dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF)<sup>29</sup>.

Logo, se são inconstitucionais as normas do Marco Civil que regulam a responsabilidade civil dos provedores de aplicação, qual diploma legal deverá ser utilizado?

26 Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional. Foi assinada em 1929 em Varsóvia.

27 “O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.” (STF - RE 351750, Relator(a): Min. Marco Aurélio).

28 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. Processo nº 1081911-23.2014.8.26.0100.

29 MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 330.



Para responder a essa pergunta fundamental é preciso compreender como ocorrem os fatos jurídicos no contexto dos provedores de aplicação.

Com o surgimento da denominada “Web 2.0”<sup>30</sup>, as empresas de internet passaram a atuar como **plataformas**, fornecendo ferramentas (sites e aplicativos) para que seus usuários utilizassem.

Essa relação jurídica teria semelhança com a figura do direito real de superfície (arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil). O proprietário (o provedor de aplicação) permite que o superficiário (o usuário) utilize o terreno (a plataforma) para construir ou plantar (armazenar dados, postar vídeos etc).

É o caso, por exemplo, do *Blogger*<sup>31</sup>, provedor de aplicação que permite a criação de blogs e sites, ou, ainda, do *Youtube*<sup>32</sup>, que disponibiliza os vídeos criados por seus usuários

Normalmente, esses sites são gratuitos<sup>33</sup>, gerando lucros de diversas formas: pela exibição de publicidade aos seus usuários, pela venda dos seus dados pessoais a terceiros ou, ainda, pela cessão dos direitos autorais dos trabalhos realizados na plataforma<sup>34</sup>.

Vale dizer que o usuário realiza todo o trabalho de forma gratuita, sem perceber, na grande maioria das vezes, qualquer contraprestação por isso.

Marc Goodman<sup>35</sup> alerta que o *Facebook* é uma rede social com mais de 1 bilhão de usuários que, diligentemente, atualizam seus *status*, postam vídeos e fotos em suas linhas do tempo, constituindo, assim, **a maior força de trabalho gratuita da História**, tornando essa sociedade empresária multibilionária.

**Se o provedor de aplicação lucra pelo conteúdo gerado por seus usuários, ele deve, também arcar com os danos causados por eles pelo uso das ferramentas.**

---

30 A criação do termo “Web 2.0” é atribuída a Tim O’Reilly, um famoso especialista em tecnologia, e significa uma internet mais dinâmica e interativa, com sites atuando como plataformas para a produção e exibição de conteúdo. O’REILLY, Tim. **What is Web 2.0?** Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

31 Disponível em <<https://www.blogger.com>>.

32 Disponível em <<https://www.youtube.com>>.

33 Alguns sites utilizam o modelo de negócio denominado “freemium” (junção de “free” + “premium”), em que há duas modalidades de serviço: um gratuito (free), simples e básico e, outro, pago (premium), com mais funcionalidades. É o caso, por exemplo, do serviço de armazenamento em nuvem Dropbox ([www.dropbox.com](http://www.dropbox.com)), que fornece ao usuário gratuito um pequeno espaço para guardar arquivos, e para o pagante, uma quantidade muito maior.

34 A rede social Instagram, de propriedade do Facebook, possui a seguinte cláusula, sob a rubrica “Direitos”: “1. O Instagram não reivindica a propriedade de nenhum Conteúdo que você publica no Serviço ou através dele. Em vez disso, você concede ao Instagram, por meio deste, uma licença global, não exclusiva, sublicenciável, sem royalties e totalmente paga de uso do Conteúdo que você publica no Serviço ou através dele, (...)” (grifo). INSTAGRAM. **Termos de Uso**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

35 GOODMAN, Marc. **Future Crimes: Everything Is Connected, Everyone Is Vulnerable and What We Can Do about It**. Nova Iorque: Doubleday Books, 2015. p. 55.

Quando um usuário utiliza de forma abusiva uma ferramenta, por exemplo, postando um vídeo ofensivo no Youtube, não se trata de culpa exclusiva de terceiro (art. 12, §2º, III), a impedir a responsabilidade do provedor.

É a responsabilidade pelo risco, fundamentada no uso da plataforma.

Os provedores alegam que é impossível fiscalizar os usuários, impedindo a causação de danos. Em parte, é verdade, mas por culpa dos próprios provedores, que não se preocupam com a segurança.

O *Facebook*, por exemplo. Para alguém se tornar usuário da rede social, basta preencher um rápido formulário com poucos detalhes. Já, em caso de falecimento, há um procedimento burocrático para desabilitar o perfil do *de cujus*, exigindo o envio da certidão de óbito do falecido<sup>36</sup>. Ou seja, fácil para entrar, difícil para sair.

Por outro lado, realmente é possível a realização de filtragem pelos provedores de aplicação. O *Youtube* possui uma sofisticada ferramenta de análise de todo e qualquer conteúdo enviado por seus usuários, bloqueando a exibição de material protegido por direitos autorais<sup>37</sup>.

Vale lembrar que o *Facebook* foi acusado de censurar mensagens que fizesse alusão a uma rede social concorrente, a *Tsu.co* ([www.tsu.co](http://www.tsu.co)). Qualquer mensagem que tivesse esse *link* era impedida de ser incluída na linha do tempo do usuário<sup>38</sup>.

Dessa forma, deve ser preservado o modelo de responsabilidade civil previsto no CDC, e o provedor de aplicação deverá responder objetivamente pelo conteúdo gerado por terceiros.

Admite-se que o provedor de aplicação possa filtrar as mensagens, mesmo de forma prévia, desde que seja para atender a **critérios mínimos de convivência**, previstos expressamente em seu termo de uso. Esses critérios elencariam as condutas ofensivas e antissociais, que seriam vedadas e punidas na rede. Seriam, por exemplo, os conteúdos preconceituosos, que fizessem apologia a crimes etc.

Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 19 e 21 do Marco Civil pelos motivos ora expostos, se propõe a aplicação da responsabilidade baseada no modelo do *notice and takedown*, ou seja, o provedor de aplica-

36 FACEBOOK. Como faço para remover a conta de um membro da família falecido? Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1518259735093203>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

37 YOUTUBE. Understand YouTube rights management. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/4597810?hl=en>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

38 HAMANN, Renan. Facebook está bloqueando links para a rede social Tsu. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/88740-facebook-bloqueando-links-rede-social-tsu.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ção, uma vez notificado pela vítima para a indisponibilização do conteúdo lesivo, só será responsabilizado civilmente se não atendê-lo no prazo por ele indicado. Não haveria a necessidade de judicialização apenas para a configuração da responsabilidade<sup>39</sup>. O consumidor-usuário, portanto, estaria livre desse pesado ônus trazido pela lei.

## CONCLUSÃO:

As normas da Lei 12.965/2014 que tratam da responsabilidade civil são inconstitucionais e não estão em consonância com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor,

São artigos que exigem, para a configuração do dano, a judicialização, trazendo ônus para o usuário ofendido e, ainda, estimulando a desídia por parte dos provedores de aplicação.

O Marco Civil, saudado como uma lei inovadora e avançada, esconde, nos artigos aqui comentados, a sua real intenção, a de privilegiar os provedores de aplicação.

É preciso, portanto, salvaguardar os interesses dos usuários-consumidores nessa nova realidade tecnológico, em que estão cada vez mais hipossuficientes. E essa hipossuficiência deve-se, em grande parte, à “Constituição da Internet”. ❖

## BIBLIOGRAFIA:

ARAUJO, Bruno. **Dilma sanciona o Marco Civil da internet na abertura da NETMundial**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/netmundial-inicia-com-obrigado-snowden-e-defesa-da-internet-livre.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

<sup>39</sup> O notice and takedown foi adotado por alguns precedentes do STJ antes da vigência do Marco Civil. A saber: “REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. REMOÇÃO. PRAZO. A Turma entendeu que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indicio de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, cêlere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza (STJ, 3ª Turma, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 19/6/2012).

COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

GOODMAN, Marc. **Future Crimes: Everything Is Connected, Everyone Is Vulnerable and What We Can Do about It.** Nova Iorque: Doubleday Books, 2015.

FACEBOOK. **Como faço para remover a conta de um membro da família falecido?** Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1518259735093203>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

HAFNER, Katie. **Where Wizards Stay Up Late: The Origins Of The Internet.** Estados Unidos: Simon & Schuster, 1998.

HAMANN, Renan. **Facebook está bloqueando links para a rede social Tsu.** Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/88740-facebook-bloqueando-links-rede-social-tsu.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

INSTAGRAM. **Termos de Uso.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O'REILLY, Tim. **What is Web 2.0?** Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil.** Revista de Direito Administrativo. Vol. 261. Rio de Janeiro: Fórum, set-dez. 2012.

YOUTUBE. **Understand YouTube rights management.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/4597810?hl=en>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

# Apelação Cível no Código de Processo Civil de 2015

## Appeal in the Civil Procedure Code 2015

**Luciano Vianna Araújo**

*Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.  
Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pro-  
fessor dos cursos de graduação e de pós-graduação  
latu sensu da PUC/Rio. Membro do IBDP. Advogado.*

1. Introdução. 2. Aspectos procedimentais do recurso de apelação. 3. O Cabimento do recurso de apelação. 3.1 O (fim do) princípio da correspondência. 3.2 A autonomia das contrarrazões. 3.3 Apelação independente contra decisão interlocutória não agravável e apelação adesiva (pela parte contrária) contra a sentença. 3.4 Apelação independente e adesiva pela mesma parte. 3.5 Direito intertemporal. 4. Requisitos do recurso de apelação. 4.1 Prazo. 4.2 Preparo. 4.3 Requisitos formais da petição recursal. 4.4 Ausência de juízo de admissibilidade em primeiro grau. 4.5. Distribuição e julgamento monocrático. 4.6 Efeito suspensivo. 5. O julgamento do recurso de apelação. 6. Conclusões

**RESUMO:** O Código de Processo Civil de 2015 exige uma revisão dos institutos jurídico-processuais. Em matéria de recursos, a apelação é “o recurso por excelência<sup>1</sup>”, pois, em virtude do grau de revisão da decisão recorrida, o tribunal tem ampla liberdade para conhecer matérias de fato, de direito e, até mesmo *ex officio*, de ordem pública. Assim, analisa-se o procedimento, o cabimento, os requisitos e o julgamento da apelação cível no CPC/2015.

**ABSTRACT:** The 2015 civil procedure code requires a review of the legal procedural institutes as per a new system which is sought to be built. In the matter of recourses, an appeal is the “recourse by excellence”, as on account of the degree of review of the decision under recourse, the court has full

<sup>1</sup> José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao CPC, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 406.

liberty to acknowledge matters of fact, of law, and even ex-officio, of public order. Thus, the procedure, the applicability, the requirements and the judging of requirements of civil appeal within the 2015 civil procedure code.

**PALAVRAS-CHAVE:** CPC/2015. Revisão. Apelação. Procedimento. Cabimento. Requisitos. Julgamento.

**KEY WORDS:** 2015 CPC (Civil Procedure Code). Review. Appeal. Procedure. Applicability. Requirements. Judgment.

## 1- INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 exige uma (re)visão dos institutos jurídicos, conforme as regras dispostas no novo ordenamento.

Se bem interpretado e, principalmente, aplicado, o Código de Processo Civil de 2015 permitirá o ingresso da ciência processual numa nova fase, contemporânea às necessidades do jurisdicionado e à evolução da doutrina<sup>2</sup>.

Nesse sentido, vale a pena (re)ver o recurso de apelação, pois, de todos os recursos, a apelação é o que permite uma *maior* cognição da causa pelo órgão *ad quem*, seja no aspecto fático, seja no aspecto jurídico, inclusive *ex officio*<sup>3</sup>. Por isso, **BARBOSA MOREIRA** o denomina de “recurso por excelência”<sup>4</sup>.

Neste escrito, analisar-se-á aspectos procedimentais do recurso de apelação, o cabimento da própria apelação, os seus respectivos requisitos e o julgamento desse recurso, conforme o Código de Processo Civil de 2015.

## 2- ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO RECURSO DE APELAÇÃO

Os autos devem ser registrados, no protocolo do Tribunal, no dia de sua entrada, procedendo-se à sua distribuição imediatamente, nos termos do art. 929 do CPC/2015. Dessa forma, normas regimentais internas do Tribunal não podem mais dispor de forma diversa, ou seja, não podem prever

---

2 Particularmente, acredito que somente em 5 ou 10 anos a doutrina e a jurisprudência terão construído o sistema processual decorrente do CPC/2015, principalmente após a definição das discussões doutrinárias pelo STJ e, se for o caso, pelo STF.

3 Bastante controversa, na doutrina e na jurisprudência, a aplicação do efeito translativo nos recursos extraordinário e especial. A respeito, leia-se o meu “A aplicação do direito à espécie: desde os precedentes do enunciado 456 do STF até o art. 1.034 do CPC/2015”, in Revista de Processo, vol. 250, páginas 403-434, 2015.

4 José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao CPC, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 406.

prazos maiores para o registro e a distribuição dos recursos e das ações de competência originária.

Aliás, o art. 93, XV, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, já tornara obrigatória a imediata distribuição dos processos, em qualquer grau de jurisdição.

**NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>5</sup> explicam um dos motivos de regra:

Outra vantagem da distribuição imediata está em que não se cria um vácuo processual entre o momento do protocolo e o da distribuição; eventuais questões que exijam solução antes do julgamento não precisam ser direcionadas provisoriamente ao presidente ou vice-presidente do tribunal, podendo, desde logo, ser encaminhadas ao relator, o que confere maior uniformidade ao tratamento das questões contidas no processo.

Na forma do art. 930 do CPC/2015, a distribuição deve observar os princípios da *alternatividade* entre os órgãos fracionários e os respectivos desembargadores, do *sorteio eletrônico* e da *publicidade*<sup>6</sup>.

A prevenção do relator opera-se com o protocolo do primeiro recurso no Tribunal no mesmo processo ou em processo conexo, de acordo com o art. 930, parágrafo único, do CPC/2015.

**CASSIO SCARPINELLA BUENO**<sup>7</sup> esclarece que tal regra já existia em diversos regimentos internos de tribunais:

De acordo com ele, o primeiro recurso protocolado no tribunal torna prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo. Trata-se de regra que já é encontrada em diversos Regimentos Internos dos Tribunais<sup>8</sup> e que, em última análise, aplicam, para o grau recursal, as diretrizes genéricas dos incisos I e II do art. 286.

---

5 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.847.

6 O Código de Processo Civil de 2015 dispõe, nos artigos 284 a 290, sobre a distribuição dos processos.

7 Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, páginas 747/748.

8 A respeito, leia-se o art. 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Em complemento, adite-se que, para a prevenção, é irrelevante que o recurso tenha sido conhecido ou não, porque se determina a prevenção com base na data do protocolo do recurso, como anotam **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>9</sup>:

Mesmo que o recurso não seja conhecido ou indeferido liminarmente, a prevenção ocorre, porque o critério de fixação da prevenção é o *protocolo do recurso*.

Acrescente-se que, conforme o art. 1.012, § 3º, I, do CPC/2015, a decisão sobre o pedido de efeito suspensivo torna, da mesma forma, prevento o relator, para processar e julgar a apelação.

Do ponto de vista procedimental, o Código de Processo Civil de 2015 acabou com o revisor. Essa mudança operou-se, durante o processo legislativo do novo Código, na Câmara dos Deputados, tendo sido mantida quando do retorno do projeto de lei ao Senado Federal.

Conforme o art. 931 do CPC/2015, distribuídos os autos, o relator possui o prazo de 30 (trinta) dias para elaborar o seu voto, findo o qual deve devolvê-los para a secretaria com o relatório, a fim de que o presidente do órgão julgador designe dia para julgamento e determine, ainda, a publicação da pauta no órgão oficial (art. 934 do CPC/2015).

**TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>10</sup> defendem que, embora se trate de um prazo *impróprio*, o seu descumprimento pode ensejar medidas administrativas e disciplinares ao relator

A regra impõe ao relator espaço de tempo relativamente exíguo, dentro do qual deverá preparar sua minuta de voto e devolver os autos à Secretaria. Evidentemente, trata-se de prazo impróprio, cujo desrespeito não acarreta qualquer consequência processual, mas pode sujeitar o magistrado a medidas administrativas e disciplinares perante a respectiva Corregedoria de Justiça.

---

<sup>9</sup> Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.848.

<sup>10</sup> Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.326.



As partes possuem o direito de vista dos autos entre a publicação da pauta e a sessão de julgamento, na forma do art. 935, § 1º, do CPC/2015, para que tomem ciência dos últimos andamentos, inclusive do relatório (art. 931 do CPC/2015 - “*restituí-los-á, com relatório, à secretaria*”).

O enunciado nº 522 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC dispõe que “*o relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidas ao contraditório*”.

O relatório mostra-se, desta forma, indispensável, inclusive, para orientar a sustentação oral dos advogados, nos casos em que tal se permite.

Nesse sentido, fica superado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, nos recursos em que não havia revisor, era desnecessária a prévia apresentação do relatório (REsp 26.874).

O art. 933 do CPC/2015 positiva, em grau recursal, o princípio da vedação das decisão-surpresa, norma fundamental do novo Código (art. 10º).

A proibição das decisão-surpresa decorre dos princípios do contraditório e da cooperação, também normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015.

A vedação da decisão-surpresa proíbe que, em qualquer grau, se decida com base em fundamento de fato ou de direito a respeito do qual não tenha se conferido às partes (no plural, inclusive a eventual beneficiada pela *futura* decisão) o direito de se manifestar.

**FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**<sup>11</sup> versam, nos seguintes termos, a respeito da vedação da decisão-surpresa nos tribunais:

Observe que o texto se refere tanto a fatos supervenientes (arts. 342 e 493, CPC) quanto a questões que podem ser apreciadas de ofício pelo tribunal, uns e outras questões ainda não submetidas ao contraditório, mas que devem ser levadas em consideração pelo tribunal. O tribunal, para poder decidir com base em qualquer delas, tem de dar às partes a oportunidade de manifestar-se a seu respeito.

---

11 Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária, 13ª edição, Salvador: Juspodium, 2016, página 58.

**HERMES ZANETI Jr.**<sup>12</sup>, ao comentar o art. 934 do CPC/2015, ressalta que a publicação da pauta de julgamento, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 935 do CPC/2015, assegura às partes a proibição de surpresa ao longo do procedimento e a publicidade dos atos processuais:

Isto implicará num prazo razoável entre a publicação da pauta e a realização do julgamento, a fim de que não haja surpresa às partes e ofensa ao princípio da publicidade, compreendido como norma fundamental no CPC/2015 (art. 8º).

A publicação da pauta deve ocorrer com antecedência mínima de 5 (cinco) dias<sup>13</sup> úteis (art. 219 do CPC/2015) da data da sessão de julgamento, por determinação expressa do art. 935 do CPC/2015.

Nos termos do enunciado nº 84 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC, “*a ausência de publicação de pauta gera nulidade do acórdão que decidiu o recurso, ainda que não haja previsão de sustentação oral, ressalvada, apenas, a hipótese do § 1º do art. 1.024, na qual a publicação da pauta é dispensável*”.

Dada a sua importância, a pauta deve conter todos os elementos necessários à identificação do recurso ou do processo de competência originária, sem quaisquer omissões, como sustentam **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>14</sup>:

Não pode trazer dados inexatos, sob pena de gerar equívocos capazes de prejudicar a parte. O nome de todas as partes, e de seus procuradores, a data, a hora e o local do julgamento e a individualização perfeita do processo a que se refere são os dados imprescindíveis da intimação.

Em complemento, o enunciado nº 198 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC assevera que “*identificada a ausência ou a irregularidade de publicação da pauta, antes de encerrado o julgamento, incumbe ao órgão julgador determinar sua correção, procedendo a nova publicação*”.

---

12 Comentários ao novo Código de Processo Civil, coordenadores Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 1361.

13 Esse prazo era de apenas 48 (quarenta e oito) horas, conforme o art. 552, § 1º, do CPC/1973.

14 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.856.

Se não for expressamente adiado para a sessão de julgamento seguinte, o recurso deve ser incluído em nova pauta (art. 935 do CPC/2015), assegurada prévia publicação no diário oficial.

O art. 936 do CPC/2015 versa sobre a ordem de julgamento dos recursos, da remessa necessária e dos processos de competência originária, qual seja, ressalvadas as preferências legais<sup>15</sup> e regimentais<sup>16</sup>, em primeiro lugar, aqueles nos quais houver sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos (inciso I); em segundo lugar, os requerimentos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento (inciso II); em seguida, aqueles cujo julgamento tenha iniciado em sessão anterior (inciso III); e, por fim, os demais casos (inciso IV).

Segundo o enunciado nº 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados - ENFAM, “a regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

Conforme o art. 937 do CPC/2015, em relação à sessão de julgamento, após a leitura do relatório pelo relator, cabe a sustentação oral na apelação, no recurso ordinário, no recurso extraordinário, no recurso especial, nos embargos de divergência, na ação rescisória, no mandado de segurança, na reclamação e em agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória sobre tutela provisória (de urgência ou de evidência).

Também cabe sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR, na forma do art. 984 do CPC/15 (art. 937, §1º, do CPC/2015).

**TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>17</sup> sustentam, com razão, o cabimento de sustentação em agravo de instrumento, interposto contra a decisão que julga a liquidação de sentença, dada a sua natureza:

Embora o NCPC não tenha sido expreso, é de se admitir sustentação oral nos casos em que a decisão, embora recorrível por meio de agravo, tenha conteúdo de sentença, como é o caso, por exemplo, da decisão que põe fim à liquidação de sentença.

<sup>15</sup> Por exemplo, o mandado de segurança (Lei do Mandado de Segurança, art. 20).

<sup>16</sup> Por exemplo, desembargador que, embora não componha mais o órgão julgador, deva participar do julgamento de algum recurso, por estar vinculado.

<sup>17</sup> Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.333.

Parece-me que, pelos mesmos motivos, deve-se assegurar o direito à sustentação oral na hipótese de *juízo antecipado parcial do mérito*, previsto no art. 356 do CPC/2015, contra o qual cabe agravo de instrumento (art. 356, § 5º, do CPC/2015).

O requerimento de sustentação oral pode ser realizado até o início da sessão (art. 937, § 2º, do CPC/2015).

Cabe sustentação oral, em agravo interno, nos casos de ação rescisória, de mandado de segurança e de reclamação contra a decisão do relator que os extinga (art. 937, §3º, do CPC/2015).

Permite-se, também, a realização de sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico, quando o domicílio profissional do advogado for em cidade diversa da sede do tribunal (art. 937, § 4º, do CPC/2015).

O art. 1.042, § 5º, do CPC/2015 dispõe que *“o agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo”*.

Conforme **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>18</sup>, com base em decisão do Superior Tribunal de Justiça (RMS 4377-0), *“o juiz que não assistiu ao relatório e à sustentação oral pode votar, desde que se considere esclarecido, assegurada a renovação da sustentação, requerendo-a a parte”*

Na forma do enunciado nº 41 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados – ENFAM, *“por compor a estrutura do juízo, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes”*.

A questão preliminar, se for acolhida, pode impedir a análise do mérito. Por outro lado, se for afastada a questão preliminar, passa-se ao julgamento do mérito, com a participação de todos os julgadores, inclusive daquele(s) que acolhia(m) a preliminar, segundo o art. 938 c/c o art. 939, ambos do CPC/2015.

**NEWTON PEREIRA RAMOS NETO**<sup>19</sup> esclarece o fundamento dessa norma nos seguintes termos:

---

18 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.863.

19 Comentários ao Código de Processo Civil, organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenador executivo Alexandre Freire, São Paulo: Saraiva, 2016, página 1221.

A norma reproduz o mesmo regramento do CPC/1973, prevendo que, mesmo superada a questão preliminar levantada, os juízes vencidos devem manifestar-se no tocante ao mérito. Fundamenta-se o dispositivo na premissa de que, em se tratando de órgão colegiado, a decisão final deve espelhar o entendimento da maioria dos juízes.

O vício sanável (mesmo o que pode ser conhecido *ex officio*) deve ser regularizado no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimando-se as partes (art. 938, § 1º, do CPC/2015). Regularizado o vício, prossegue-se com o julgamento (art. 938, § 2º, do CPC/2015).

Se for necessária a produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência para que seja realizada no próprio tribunal ou em primeiro grau, prosseguindo-se com o julgamento (art. 938, § 3º, do CPC/2015). Se o relator não determinar a correção do vício ou a produção da prova, o tribunal deve fazê-lo (art. 938, § 4º, do CPC/2015).

Dentre os deveres-poderes do relator, mencionados no art. 932 do CPC/2015, inclui-se, expressamente, o de, “*antes de considerar inadmissível o recurso, o relator conceder prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”, nos termos do respectivo parágrafo único.

A regra do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, no âmbito dos recursos, coaduna-se com o princípio da *primazia do julgamento do mérito*, positivado nas normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (artigos 4º e 6º do CPC/2015). Afasta-se o entendimento da súmula 115 do STJ que não permite a emenda ou a correção de atos processuais nos tribunais superiores.

**PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA**<sup>20</sup> aponta os reflexos, nos recursos, do princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º do CPC/2015 – norma fundamental):

No âmbito do sistema recursal o *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal* tem aplicação ainda mais contundente. Está arraigado no espírito do CPC/2015 e tem como fundamento teórico um tripé formado pelos seguintes dispositivos legais: (a) art. 4º, que positivou expressamente o princípio da primazia da decisão de mérito; (b) art. 932, parágrafo único,

20 Novíssimo sistema recursal, conforme o CPC/2015, Florianópolis: Conceito, 2015, página 84.

que obriga o relator a intimar o recorrente para sanar eventual vício antes de o recurso ser inadmitido; (c) art. 1.029, § 3º, que permite aos Tribunais Superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar sua correção.

Não é por outro motivo que o enunciado nº 83 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC assevera que “é dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”.

Resalte-se que, conforme o enunciado nº 463 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, “o art. 932, parágrafo único, deve ser aplicado aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC/2015 e ainda pendentes de julgamento”. Tal enunciado reforça a ideia de que, por se tratar de regra de *processamento/julgamento* do recurso, e não de *cabimento* do recurso, aplica-se aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, mas ainda não julgados.

Caso não se encontre em condições de proferir o voto na sessão de julgamento, o relator ou outro desembargador pode requerer vista dos autos. O pedido de vista é de 10 dias (art. 940 do CPC/2015), prorrogáveis por mais 10 dias (art. 940, § 1º, do CPC/2015). Se não for devolvido tempestivamente o recurso ou não for requerida a prorrogação do prazo, o presidente deve requisitar os autos para julgamento do recurso na sessão seguinte, com publicação de pauta (art. 940, § 1º, do CPC/2015). Quando requisitar os autos, o presidente pode substituir o julgador que pediu vista, caso este não se sinta habilitado a proferir voto (art. 940, § 2º, do CPC/2015). Em qualquer hipótese, deve ser publicada nova pauta de julgamento do recurso.

Findo o julgamento, o presidente do órgão julgador anuncia o resultado (art. 941 do CPC/2015, até a proclamação do resultado, os julgadores podem alterar os respectivos votos, exceto se o julgador foi afastado ou substituído (art. 941, § 1º, do CPC/2015).

A jurisprudência já admitia essa mudança do voto antes do anúncio do resultado final, conforme lembra **NEWTON PEREIRA RAMOS NETO**<sup>21</sup>:

---

21 Comentários ao Código de Processo Civil, organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenador executivo Alexandre Freire, São Paulo: Saraiva, 2016, página 1222.

A norma positiva o entendimento jurisprudencial segundo o qual, enquanto não encerrado o julgamento, com a proclamação do resultado final, não há óbice à retificação, pelo julgador, de seu voto.

Entretanto, proclamando o resultado do julgamento, permite-se apenas a correção de erro material ou de fato, como esclarecem **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>22</sup>:

Esta correção não caracteriza modificação dos votos ou do resultado, mas proclamação do que realmente foi decidido. A correção pode dar-se *ex officio*, por provocação de um dos membros do colegiado, pelos advogados das partes ou pelo MP. Essa correção poderá ser pedida tanto na própria sessão de julgamento, como depois, por simples petição ou, ainda, por meio de EDcl.

Será *redator* do acórdão o próprio relator ou, se vencido este, o primeiro julgador a proferir o voto vencedor. Na apelação e no agravo de instrumento, o julgamento é realizado por 3 desembargadores (art. 941, § 2º, do CPC/2015).

Lembre-se que, se não for publicado o acórdão no prazo de 30 dias, contado da sessão de julgamento, as notas taquigráficas substituirão o acórdão para todos os fins legais (art. 944 do CPC/2015). Cabe ao presidente, lavrar as conclusões e a ementa com base nas notas taquigráficas e mandar publicar o acórdão (art. 944, parágrafo único, do CPC/2015).

Por fim, diga-se que o voto vencido integra *necessariamente* o acórdão, inclusive para fins de prequestionamento (art. 941, § 3º, do CPC/2015), afastando-se o enunciado da súmula 320 do Superior Tribunal de Justiça (“*a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento*”), na forma do enunciado 200 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis – FPPC (“*fica superado o enunciado 320 da súmula do STJ*”).

Vale lembrar que, por força do art. 1.025 do CPC/2015, “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmi-*

---

22 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.865.

*tidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.*

Tudo (art. 941, § 3º, e art. 1.025 do CPC) para afastar a chamada “jurisprudência defensiva”, criada pelos tribunais superiores, a fim de evitar o conhecimento dos recursos extraordinário e especial, por ausência de prequestionamento.

### 3- CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Segundo **BARBOSA MOREIRA**<sup>23</sup>, conceitua-se recurso “como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”.

O art. 994 do CPC/2015 enumera os recursos existentes, quais sejam, apelação (art. 1.009/1.014), agravo de instrumento (art. 1.015/1.020), agravo interno (art. 1.021), embargos de declaração (art. 1.022/1.026), recurso ordinário (art. 1.027/1.028), recurso especial (art. 1.029/1.041), recurso extraordinário (art. 1.029/1.041), agravo em recurso especial ou extraordinário (art. 1.042) e embargos de divergência (art. 1.043).

#### 3.1 O (fim do) Princípio da Correspondência

Nos termos do *caput* do art. 1.009 do CPC/2015, “*da sentença cabe apelação*”.

Tal regra decorre do chamado princípio da correspondência, segundo o qual para cada espécie de decisão corresponde um recurso específico (correspondente).

De acordo com a Exposição de Motivos do projeto do Código de Processo Civil de 1973, **ALFREDO BUZAID**, diante do (ineficiente) sistema recursal do Código de Processo Civil de 1939, tentou resolver a questão através da positivação do *princípio da correspondência*:

Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O

<sup>23</sup> Comentários ao CPC, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 233.



critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.

Nesse contexto, o art. 504 do CPC/1973 dispunha que “*dos despachos não cabe recurso*”. Por sua vez, o art. 513 do CPC/1973 asseverava que “*da sentença cabe apelação*”. Por fim, em sua versão original, o art. 522 do CPC/1973 determinava que “*ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento*”.

Ao longo do tempo, a redação do art. 522 do CPC/1973 foi alterada. Todavia, manteve-se, sempre, a proposta de que o agravo, fosse retido, fosse de instrumento, cabia contra decisões interlocutórias.

Parece-me que, no Código de Processo Civil de 2015, o *princípio da correspondência* não é mais o mesmo.

Manteve-se o sistema segundo o qual “*dos despachos não cabe recurso*” (art. 504 do CPC/1973 e art. 1.001 do CPC/2015). Isso porque, por ausência de prejuízo, não há interesse recursal e, desta forma, não cabe qualquer recurso, quando se tratar de despacho.

Em relação às sentenças, conservou-se o modelo de que “*da sentença cabe apelação*” (art. 513 do CPC/1973 e art. 1.009 do CPC/2015), bem como a distinção entre as sentenças terminativas (art. 267 do CPC/1973 e art. 485 do CPC/2015), as quais não apreciam o mérito da causa, e as sentenças definitivas (art. 269 do CPC/1973 e art. 487 do CPC/2015), as quais resolvem o mérito da causa.

Entretanto, no que concerne às decisões interlocutórias, relativizou-se a regra de que “*das decisões interlocutórias cabe agravo*” (art. 522 do CPC/1973), tendo sido definido que “*cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre*” (art. 1.015 do CPC/2015) determinadas matérias, expressamente previstas nos incisos do art. 1.015, no correspondente parágrafo único ou em outros dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, como, por exemplo, no art. 356, § 5º, do CPC/2015.

Logo, se não couber agravo de instrumento, por não ser uma das hipóteses dos incisos ou do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015, a parte interessada deve, em preliminar do recurso de apelação ou em contrar-

razões ao recurso de apelação da outra parte, suscitar a questão, sob pena de preclusão, conforme o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015:

Art. 1.009

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Assim, em relação às questões não agraváveis, por ausência de previsão legal (art. 1.015, incisos e parágrafo único, do CPC/2015), elas se sujeitam ao recurso de apelação ou às contrarrazões ao recurso de apelação. Em suma, são apeláveis.

A respeito, leia-se a lição de **SANDRO MARCELO KOZIKOSKI**<sup>24</sup>:

Ademais, o sistema recursal contém relevante alteração, pois a apelação servirá ainda para impugnação das decisões interlocutórias não preclusas, que não comportavam agravo de instrumento, na forma do item subsequente (CPC, art. 1.009, § 1º).

Em complemento, o art. 1.009, parágrafo 2º, do CPC/2015 ressalva que, se o apelado suscitar em contrarrazões a questão, o recorrente deve ser intimado para, no prazo de 15 (quinze) dias, responder:

Art. 1.009

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

O art. 1.009, § 2º, do CPC/2015 assegura o contraditório quanto à questão suscitada em contrarrazões, em observância à Constituição Federal e às normas fundamentais do CPC/2015.

Para que não restem quaisquer dúvidas, embora de flagrante inconstitucionalidade formal<sup>25</sup>, o art. 1.009, § 3º, do CPC/2015 prevê que o “*dispos-*

<sup>24</sup> Sistema recursal CPC 2015, Salvador: Juspodium, 2016, páginas 147/148.

<sup>25</sup> A propósito da inconstitucionalidade formal, leia-se Cassio Scarpinella Bueno, *in* Novo Código de Processo Civil

*to no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integram capítulo da sentença”.*

Noutras palavras, ainda que seja uma das hipóteses dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015, se a decisão for proferida no corpo da sentença, contra ela cabe – apenas – o recurso de apelação, o qual discutirá ambas as questões. Prevalece, aqui, a economia processual (um único recurso) e, por conseguinte, o princípio da unicidade recursal (para cada decisão, um único recurso).

Importante notar que, por força do denominado “direito intertemporal”, em relação às decisões interlocutórias proferidas antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se que a parte reitere o agravo retido em sua apelação ou em suas contrarrazões ao recurso de apelação. De outra parte, em relação às decisões interlocutórias não agraváveis, prolatadas após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a parte deve suscitar a questão no recurso de apelação ou em contrarrazões. O enunciado nº 355 do Fórum Permanente de Processualistas Civis ratifica esse entendimento, nos seguintes termos:

Se, no mesmo processo, houver questões resolvidas na fase de conhecimento, em relação às quais foi interposto agravo retido na vigência do CPC/1973, e questões resolvidas na fase de conhecimento em relação às quais não se operou a preclusão por força do disposto no art. 1.009, § 1º, do CPC, aplicar-se-á ao recurso de apelação o art. 523, § 1º, do CPC/1973 em relação àquelas e o art. 1.009, § 1º, do CPC em relação a estas.

Logo, as questões “não agraváveis”, por ausência de previsão legal, sujeitam-se ao recurso de apelação, o qual, portanto, tem por objeto tanto sentenças (terminativas ou definitivas) quanto decisões interlocutórias.

Note-se que, proferida decisão contra a qual não cabe agravo de instrumento, operar-se-á preclusão, sim. Todavia, somente se a questão não for suscitada em apelação ou em contrarrazões. Noutras palavras, a preclusão fica diferida para o momento da apelação. Nesse sentido, leia-se **TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>26</sup>:

---

anotado, 2ª edição, Saraiva: São Paulo, 2016, página 832.

26 Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.439.

De rigor, a preclusão, com relação à possibilidade de impugnar tais decisões ocorre em relação à apelação, ou seja, a oportunidade de que essas decisões sejam impugnadas é a apelação ou as contrarrazões de apelação. Não havendo impugnação neste momento e por este instrumento, incide a preclusão.

Conclui-se, assim, que, quanto ao cabimento, a apelação tem por objeto tanto sentenças quanto decisões interlocutórias.

Parece-me, por outro lado, que, no Código de Processo Civil de 2015, *corretamente*, as chamadas “sentenças parciais”<sup>27</sup>, objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial na vigência do Código de Processo Civil de 1973, após a reforma processual introduzida pela Lei nº 11.232/2005, são agraváveis, conforme determina expressamente o art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 2015 referiu-se ao “julgamento antecipado parcial do mérito”, sem, contudo, definir a natureza dessa decisão, sentença ou decisão interlocutória; no que andou muito bem.

Aliás, o regramento do julgamento antecipado parcial do mérito, no Código de Processo Civil de 2015, revela-se bastante feliz, ao tratar da possibilidade da decisão ilíquida (art. 356, § 1º, do CPC/2015), da liquidação/execução, inclusive quanto à desnecessidade de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), da execução definitiva (art. 356, § 3º, do CPC/2015), do processamento da liquidação/da execução (art. 356, § 4º, do CPC/2015) e do recurso cabível (art. 356, § 5º, do CPC/2015).

Os conceitos *legais* de sentença e de decisão interlocutória, previstos nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do art. 203 do CPC/2015, não infirmam essa assertiva (tratar-se a decisão que julga antecipadamente parte do mérito de sentença).

Conforme o art. 203, parágrafo 1º, do CPC/2015, “*ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento no art. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*”.

Pretendeu-se, não restam dúvidas, exigir tanto o conteúdo (art. 485 – sentença terminativa – e art. 487 – sentença definitiva) quanto o efeito (“*pôr fim à fase cognitiva do procedimento comum*”) para caracterizar a sentença.

<sup>27</sup> A respeito, leia-se o meu *Sentenças parciais?*, in *Coleção Direito e Processo. Técnicas de direito processual*, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Saraiva: São Paulo, 2011, no qual defendi o cabimento de agravo de instrumento contra as chamadas *sentenças parciais*, afastando-me daqueles que sustentavam o cabimento de *apelação por instrumento*.

O art. 203, parágrafo 2º, do CPC/2015 positivou, nos seguintes termos, o conceito legal de decisão interlocutória: “... é *todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º*”. Parece-me de insuperável infelicidade esse “conceito legal” de decisão interlocutória.

Se já se revela discutível atribuir ao legislador a competência para definir o conceito de institutos jurídicos, negar a tradição luso-brasileira existente desde as Ordenações Afonsinas a respeito do conceito de decisão interlocutória é desnecessário (salvo para não se admitir, em nosso ordenamento jurídico, a figura das “sentenças parciais”) e contraproducente.

De qualquer forma, ratificando o que acima se afirmou, o art. 1.015, inciso II, do CPC/2015 dispõe que cabe agravo de instrumento contra decisão “interlocutória” que versar sobre o mérito do processo.

Nesse contexto, tanto o agravo de instrumento (art. 1.015, inciso II, do CPC/2015) quanto a apelação (art. 487, I, c/c art. 1.009 ambos do CPC/2015) podem versar sobre o mérito do processo, bem como, por outro lado, tanto o agravo de instrumento (art. 356, § 5º, e art. 1.015 do CPC/2015) quanto a apelação (art. 1.009, *caput* e § 1º, do CPC/2015) podem versar sobre decisões interlocutórias ou sentenças.

Logo, nem o conteúdo da decisão (decisão interlocutória ou sentença) define o recurso competente (agravo de instrumento ou apelação) nem o recurso (agravo de instrumento ou apelação) aponta o conteúdo da decisão (decisão interlocutória ou sentença).

A bem da verdade, tem-se uma distinção procedimental caso o recurso seja interposto da última decisão proferida no procedimento em primeiro grau (apelação) ou caso seja interposto de uma decisão - imediatamente recorrível - prolatada no curso do procedimento em primeiro grau (agravo de instrumento), sendo irrelevante para isso o conteúdo da decisão (decisão interlocutória ou sentença).

### 3.2 A Autonomia das Contrarrazões

Conforme o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, “*as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões*”.

**ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>28</sup> defende uma “natureza jurídica híbrida” para as contrarrazões, no modelo do Código de Processo Civil de 2015:

... as contrarrazões passaram a ter natureza jurídica híbrida, vale dizer, (i) tanto consistem em peça de resistência às razões de apelação, (ii) quanto podem consistir em peça recursal relativamente a decisões interlocutórias que o apelado resolva impugnar em sua resposta ao recurso.

Logo, não se pode mais defender uma *subordinação* das contrarrazões em relação à apelação, pois, independentemente do conhecimento da apelação, o pedido de reforma da decisão, proferida na fase de conhecimento, contra a qual não cabia agravo de instrumento, em sede de contrarrazões, não se submete ao regime de *dependência* típico do recurso adesivo, coisa que não o é.

Noutras palavras, por vedação legal (art. 1.015 c/c o art. 1.009, § 1º, ambos do CPC/2015), a parte não pode interpor agravo de instrumento. Não se pode obrigá-la a interpor apelação, quando, expressamente, o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015 autoriza que, em contrarrazões, a parte suscite a *revisão* da decisão proferida anteriormente (à sentença) na fase de conhecimento.

Nesse caso, o não conhecimento do recurso de apelação não importa *necessariamente* o não conhecimento das contrarrazões, no que diz respeito à impugnação nelas feita a respeito de uma questão não impugnável no curso do procedimento, por agravo.

**TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>29</sup> apontam um exemplo para essa hipótese:

As interlocutórias impugnáveis nas contrarrazões serão devolvidas ao Tribunal. Pode, é claro, acontecer que o “recurso” (=contrarrazões de apelação) não seja conhecido por falta de interesse. Mas pode haver casos em que o interesse sobreviva. Imagine-se que o juiz tenha fixado um valor para a causa no início do processo, por meio de decisão de que não cabe recurso. Afinal, na sentença, fixam-se os honorários com base neste

28 Breves comentários ao novo CPC, coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 2236.

29 Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.440.

valor. Mesmo que o apelante desista da apelação, as contrarrazões terão devolvido a impugnação a esta interlocutória e o vencedor no mérito tem direito a ver esta questão apreciada pelo Tribunal.

Em sentido contrário, **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**<sup>30</sup> defendem a subordinação das contrarrazões à apelação:

Além de subordinada, a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 do CPC é condicionada. Isso significa que somente será examinada se a apelação do vencido for acolhida, afinal, repise-se, quem se vale dela é o vencedor, que somente perderá esta qualidade se a apelação do vencido originário for provida.

Particularmente, não concordo com tal entendimento, pois não vejo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015 uma *obrigatoriedade* para que se interponha apelação contra a decisão interlocutória não agravável, caso a parte tenha sido vencedora *integralmente* na sentença. Parece-me que, de acordo com o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015 a parte pode, em contrarrazões à apelação da outra, recorrer contra a decisão interlocutória não agravável, de forma autônoma.

Assim, quando nas contrarrazões a parte recorrer de decisão não impugnável por agravo de instrumento, por expressa ausência de previsão legal, o não conhecimento da apelação interposta pela parte contrária não impede o conhecimento e o julgamento da pretensão deduzida nas contrarrazões.

### 3.3 Apelação Independente Contra Decisão Interlocutória Não Agravável e Apelação Adesiva (Pela Parte Contrária) Contra a Sentença

Antes de analisar a questão deste capítulo (e do próximo), cumpre rever a figura do recurso adesivo.

Conforme **BARBOSA MOREIRA**<sup>31</sup>, “o recurso adesivo nada mais é do que o recurso *contraposto* ao da parte adversa, por aquela que se dispunha a não impugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera o outro litigante”.

30 Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária, 13ª edição, Salvador: Juspodium, 2016, página 172.

31 Comentários ao CPC, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 309.

Ao recurso adesivo aplicam-se as mesmas regras do recurso *independente* quanto aos requisitos de admissibilidade e de julgamento no tribunal, nos termos do art. 997, parágrafo 1º, do CPC/2015.

Admite-se o recurso adesivo na apelação, no recurso especial e no recurso extraordinário (art. 997, § 2º, II, do CPC/2015).

Dito isto, passa-se à questão deste capítulo.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, definiu-se que não há necessidade de qualquer liame entre o recurso independente (principal) e o adesivo. Por todos, leia-se, mais uma vez, **BARBOSA MOREIRA**<sup>32</sup>

*Não é requisito de admissibilidade do recurso adesivo a existência de vínculo substancial entre a matéria nele discutida e a suscitada no recurso principal. Pouco importa que se trate, num e noutro, de capítulos perfeitamente distintos da sentença: por exemplo, do relativo ao pedido originário e do atinente à reconvenção.*

O recurso de apelação cabe tanto contra a decisão interlocutória não agravável (art. 1.009, § 1º) quanto contra a sentença propriamente dita (art. 1.009, *caput*).

Por outro lado, o art. 997, parágrafo 2º, inciso II, admite o recurso adesivo no caso de apelação, além de recurso especial e de recurso extraordinário, sem quaisquer ressalvas.

Dessa forma, à luz do Código de Processo Civil de 2015, que tornou “apelável” a decisão interlocutória não agravável, deve-se admitir que, interposta apelação *independente* contra a decisão interlocutória não agravável (art. 1.009, § 1º), a parte contrária possa interpor apelação *adesiva* contra a sentença propriamente dita (art. 997, § 2º, inciso II), visto que não há necessidade de qualquer vínculo entre o objeto do recurso independente (principal) e o adesivo. Todavia, mesmo nesse caso, parece-me que continua sendo necessária a sucumbência parcial na sentença propriamente dita, pois, para o recurso adesivo, indispensável a figura da sucumbência recíproca.

**FLÁVIO CHEIM JORGE**<sup>33</sup> demonstra a razão de ser e a finalidade do recurso adesivo, a partir da sucumbência recíproca:

<sup>32</sup> Comentários ao CPC, vol. V, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 317.

<sup>33</sup> Breves comentários ao *novo* CPC, coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 2223.



A previsão do recurso adesivo visa evitar que, em casos de sucumbência recíproca, a parte que inicialmente mostrava-se satisfeita com a decisão, disposta a aceitar sua derrota parcial, interponha recurso na suposição de que a outra parte, também particularmente derrotada, interporá recurso. Não há necessidade, assim, de interposição do recurso pelo mero temor de que a outra parte venha a recorrer, vez que, caso isso ocorra, aquele que inicialmente havia se resignado terá nova oportunidade para recorrer, no prazo de que dispõe para responder.

Logo, imprescindível a sucumbência recíproca.

### 3.4 Apelação Independente e Adesiva Pela Mesma Parte

**SANDRO MARCELO KOZIKOSKI**<sup>34</sup> aborda a possibilidade de a parte interpor apelação contra a decisão interlocutória não agravável e, em havendo recurso de apelação pela outra parte contra a sentença, apelação adesiva, caso tenha havido sucumbência recíproca:

Portanto, podem advir situações singularíssimas em que uma das partes interponha apelação para impugnação tão somente da questão interlocutória não preclusa e, diante do apelo principal de seu adversário relativamente ao mérito da sentença, poder-se-ia discutir o cabimento do recurso adesivo por parte daquele que já havia precipitado a apelação originária com vistas à impugnação da decisão interlocutória que não aceitava o agravo de instrumento (CPC, art. 1.015).

Em ocorrendo tal situação, nada impede que a parte possa, sim, interpor apelação principal contra a decisão interlocutória não agravável e apelação adesiva contra a sentença (sucumbência recíproca). Não há que se sustentar uma preclusão *consumativa*, como defende **SANDRO MARCELO KOZIKOSKI**<sup>35</sup>:

Ao que parece, não é possível cogitar de preclusão *consumativa* com base na assertiva de que a 1<sup>a</sup> (primeira) apelação deveria *esgotar* o interesse recursal da parte que sucumbiu no tocante

<sup>34</sup> Sistema recursal CPC 2015, Salvador: Juspodium, 2016, página 150.

<sup>35</sup> Sistema recursal CPC 2015, Salvador: Juspodium, 2016, página 150.

à decisão interlocutória não preclusa e ainda em relação aos capítulos da sentença que lhe foram prejudiciais. Isto porque admitir-se a ocorrência de preclusão consumativa em tal situação significa tornar letra morta a regra do art. 997 do CPC.

Parece-me com total acerto o posicionamento de **SANDRO MARCELO KOZIKOSKI**.

Como acima exposto, o Código de Processo Civil de 2015 *mitigou* o princípio da correspondência, pois prescreve, expressamente, que contra as decisões interlocutórias não agraváveis cabe apelação (art. 1.009, § 1º).

Parece-me que não se pode defender a preclusão *consumativa*, a fim de não admitir a apelação adesiva contra a sentença propriamente dita (sucumbência parcial), por já ter a parte interposto recurso de apelação contra a decisão interlocutória não agravável, pois as *decisões recorridas* são diversas.

Noutras palavras, ao interpor apelação *independente* contra a decisão interlocutória não agravável, a parte não se insurgiu contra a sentença propriamente dita, daí porque não se deve falar em preclusão *consumativa*, a fim de impedir a interposição de apelação *adesiva* ao recurso de apelação da outra parte contra a própria sentença (que não é objeto do recurso *independente* da parte).

### 3.5 Direito Intertemporal

Diga-se que, no que concerne aos recursos, aplica-se a lei vigente no momento da publicação da decisão recorrida. A lei posterior à publicação da decisão recorrida não incide, ainda que o recurso ainda não tenha sido sequer interposto.

Distintas as figuras da *publicação* e da *intimação* da sentença, conforme **ALEXANDRE FREITAS CÂMARA**<sup>36</sup>:

Não se deve confundir, aqui, os conceitos de *publicação* (ato de tornar público) e de *intimação* (ato pelo qual se dá ciência a alguém do teor da sentença).

Entende-se por dia da publicação da decisão, em primeiro grau, a data em que entregue ao escrivão a sentença ou, se proferida em audiência, na própria data. No segundo grau, dá-se a publicação quando o Presidente do órgão julgador proclama o resultado do julgamento.

36 Comentários ao novo Código de Processo Civil, coordenadores Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 1511.

A lei vigente no dia da publicação da decisão determina o recurso cabível, enquanto a lei vigente na data da interposição do recurso regula seu procedimento, como leciona **NELSON NERY JUNIOR**<sup>37</sup>:

No que tange aos recursos, entretanto, é preciso particularizar-se essa regra: a lei vigente no dia em que proferido o julgamento é a que determina o cabimento do recurso; e a lei vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento.

## 4- REQUISITOS DO RECURSO DE APELAÇÃO

### 4.1 Prazo

O termo inicial para a contagem do prazo recursal é o da intimação. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis (art. 219 do CPC/2015).

Proferida em audiência, as partes são automaticamente intimadas da(s) decisão(ões) nela proferida(s) (art. 1.003, §1º, do CPC/2015).

Interposto o recurso pelo correio, considera-se como data da interposição a da postagem (art. 1.003, §4º, do CPC/2015).

O prazo para interpor qualquer recurso e contrarrazoar é de 15 dias (art. 1.003, §5º, do CPC/2015), exceto para os embargos declaratórios (5 dias - art. 1.023, § 2º, do CPC/15).

O recorrente deve comprovar o feriado local (municipal ou estadual) quando da interposição do recurso (art. 1.003, §6º, do CPC/2015).

Deve-se considerar tempestivo o recurso interposto antes do início do prazo, conforme o art. 218, § 4º, do CPC/2015.

### 4.2 Preparo

No ato de interposição, o recorrente deve comprovar o preparo do recurso, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, nos termos do art. 1.007 do CPC/2015.

Dispensam-se do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União Federal, Distrito Federal, Estados, Municípios e respectivas autarquias, bem como aqueles que gozam de isenção legal (art. 1.007, §1º, do CPC/2015).

<sup>37</sup> Teoria geral dos recursos, 6ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, página 493.

Insuficiente o valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, deve-se intimar o advogado do recorrente para complementá-lo em 5 dias, sob pena de deserção (art. 1.007, §2º, do CPC/2015).

Dispensa-se o recolhimento do porte de remessa e de retorno no procedimento eletrônico (art. 1.007, §3º, do CPC/2015).

A falta de recolhimento *total* no ato de interposição não importa deserção. Deve-se intimar o advogado do recorrente para recolher o dobro do valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção (art. 1.007, §4º, do CPC/2015).

O art. 1.007, § 4º, do CPC/2015 não fixa o prazo. Assim, salvo fixação pelo juiz, aplica-se a regra geral (prazo de 5 dias - art. 218, § 3º, do CPC/2015).

Na hipótese do art. 1.007, § 4º do CPC/2015, não se aplica o benefício da complementação previsto no parágrafo 2º (art. 1.007, §5º, do CPC/2015).

Provado justo impedimento, o juiz deve relevar a pena de deserção, por decisão irrecurável, marcando prazo de 5 (cinco) dias para realização do preparo (art. 1.007, §6º, do CPC/2015).

O equívoco no preenchimento da guia de custas não acarreta a pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para suprir a falha no prazo de 5 dias (art. 1.007, §7º, do CPC/2015).

### 4.3 Requisitos Formais da Petição Recursal

O art. 1.010 do CPC/2015 versa sobre os requisitos da petição do recurso apelação.

O recurso de apelação deve ser interposto em primeiro grau, dirigido ao órgão jurisdicional no qual tramita o processo.

O Código de Processo Civil de 2015 acrescentou, na petição de apelação, um outro requisito, qual seja: as razões do pedido de reforma ou de decretação da nulidade (art. 1.010, inciso III, do CPC/2015).

Trata-se da *dialeiticidade recursal*, ou seja, a parte recorrente deve apontar os fundamentos, de fato e/ou de direito, que sustentam o pedido de decretação da nulidade ou da reforma da decisão recorrida. Importante: configura causa de inadmissibilidade do recurso a falta de impugnação especificada dos fundamentos da decisão recorrida, conforme o art. 932, inciso III, do CPC/2015.

Os vícios de atividade, também chamados de *errores in procedendo*, decorrem da infração de normas procedimentais. Tais vícios importam a invalidação (função rescindente do recurso) da decisão judicial. Possuem natureza formal, isto é, não dizem respeito ao conteúdo da decisão judicial. A decisão do órgão recursal anula a decisão recorrida.

Por sua vez, os vícios de juízo, também denominados de *errores in iudicando*, decorrem da aplicação *incorreta* do direito. Tais vícios ensejam a reforma (função rescisória do recurso). Dizem respeito ao conteúdo a decisão judicial. A decisão do órgão recursal, neste caso, substitui a decisão recorrida.

Por uma questão lógica, primeiro deve-se alegar os vícios de atividade como preliminar do recurso, pois, se acolhida a tese, não haverá julgamento do mérito do recurso (função rescisória do recurso), anulando-se a decisão recorrida, para que outra seja proferida pelo órgão *a quo*, após a sanação do vício.

Existe correlação entre o vício apontado (*error in procedendo* ou *error in iudicando*) e o pedido a ser formulado no recurso de apelação (*anulação* da sentença ou *reforma* da sentença), como revela **ALEXANDRE FREITAS CÂMARA**<sup>38</sup>:

Vale, aqui, recordar que a apelação – como se dá, aliás, com a quase totalidade dos recursos –, pode ter por objeto a reforma da sentença (quando o fundamento do recorrente consistir na indicação da existência de um *error in iudicando*) ou sua anulação (se o fundamento for a existência de *error in procedendo*). Assim, é ônus do apelante descrever o erro – *in iudicando* ou *in procedendo* – que considera estar presente na sentença, narrando os motivos pelos quais o pronunciamento apelado deve ser reformado ou anulado.

Interposto o recurso, o recorrido deve ser intimado para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar suas contrarrazões à apelação (art. 1.010, § 1º, do CPC/2015).

Se houver apelação adesiva, o juiz deve intimar o recorrido/apelante para oferecer suas contrarrazões ao recurso adesivo (art. 1.010, § 2º, do CPC/2015).

---

<sup>38</sup> Comentários ao novo Código de Processo Civil, coordenadores Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 1508.

#### 4.4 Ausência de Juízo de Admissibilidade em Primeiro Grau

No juízo de admissibilidade, o juiz aprecia o preenchimento dos requisitos necessários ao conhecimento do recurso, o que lhe permitirá - em sendo positivo - adentrar no mérito do recursal.

Os requisitos de admissibilidade são: (1) cabimento, isto é, a correspondência entre o recurso interposto e a decisão recorrida; (2) legitimidade recursal, ou seja, só podem recorrer as pessoas mencionadas no *caput* do art. 996 do CPC/2015; (3) interesse recursal, isto é, só possui interesse a parte que sucumbiu; (4) tempestividade, ou seja, a interposição do recurso dentro do prazo legal; (5) preparo, isto é, o recolhimento das custas judiciais, inclusive porte de remessa e de retorno relativas ao recurso; (6) regularidade formal, ou seja, o cumprimento das regras formais atinentes à interposição do recurso; (7) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, isto é, a ausência de fatos que impedem o conhecimento do recurso, tais como renúncia ao direito de recorrer, conformidade com a decisão proferida e, de outro lado, desistência do recurso, reconhecimento do pedido e renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda.

Historicamente, o *juízo de admissibilidade* era duplo, tanto o primeiro grau (*órgão a quo*) quanto o segundo grau (*órgão ad quem*) o exerciam.

O parágrafo 3º do art. 1.010 do CPC/2015 afastou o juízo de admissibilidade no juízo *a quo*. Agora, compete apenas ao tribunal exercer o juízo de admissibilidade. Não há mais, como na vigência do CPC/1973, o *duplo juízo de admissibilidade*.

A propósito, leia-se a lição de **ALEXANDRE FREITAS CÂMARA**<sup>39</sup>:

Com o novo regime processual, a admissibilidade da apelação passa a ser feita exclusivamente pelo *órgão ad quem*, incumbindo seu exame, em primeiro lugar, ao relator (a quem incumbe, monocraticamente, negar seguimento a recursos inadmissíveis, nos termos do art. 932, III) e, posteriormente, pelo *órgão colegiado* competente para julgá-lo, o qual poderá não conhecer do apelo.

Cabe ao relator, no tribunal, declarar com que efeitos recebe o recurso, como afirmam **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>40</sup>:

39 Comentários ao novo Código de Processo Civil, coordenadores Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 1509.

40 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 2.056.

Ato do relator. Declaração obrigatória dos efeitos em que recebe o recurso (CPC 995). Compete ao relator dizer em que efeitos recebe o recurso de apelação.

Mesmo se a apelação for intempestiva, o órgão jurisdicional não pode inadmitir o recurso, por ausência de competência para tanto.

Da mesma forma, “*se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo a quo retratar-se*”, nos termos do enunciado nº 293 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

#### 4.5 Distribuição e Julgamento Monocrático

O art. 1.011 do CPC/2015 prescreve o procedimento da apelação em grau recursal.

Distribuído o recurso, o relator ou o decide monocraticamente (art. 1.011, I, do CPC/2015), na forma do art. 932, incisos III a V, do CPC/2015, ou elabora o voto para o julgamento colegiado (art. 1.011, II, do CPC/2015), no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 931 do CPC/2015.

O art. 932 do CPC/2015 relaciona os poderes-deveres do relator. Dentre eles, o de *dirigir e ordenar* o processo, *inclusive em relação à produção de prova, bem como homologar* autocomposição das partes (art. 932, I, do CPC/2015); apreciar *tutela provisória recursal* (art. 932, II, do CPC/2015); decidir o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* (art. 932, VI, do CPC/2015); determinar a intimação do Ministério Público, quando deva funcionar como fiscal da ordem jurídica (art. 932, VII, do CPC/2015) etc.

O relator pode julgar *monocraticamente* tanto para *não conhecer* (art. 932, III, do CPC/2015) do recurso quanto para *negar/dar provimento* (art. 932, IV e V, do CPC/2015).

Para *negar/dar provimento*, o relator deve se basear em enunciado de súmula (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do seu próprio tribunal) ou em precedente fixado em recurso repetitivo (RE ou REsp) ou em incidente de assunção de competência.

Ressalte-se, desde já, que, para dar provimento ao recurso, *se impõe prévia oitiva da parte contrária*, como se depreende do inciso V do art. 932 do CPC/2015, sob pena de ofensa à garantia constitucional do contraditório e às normas fundamentais do CPC/2015.

## 4.6 Efeito Suspensivo

O *caput* do art. 1.012 do CPC/2015 manteve o efeito suspensivo da apelação.

Desde as Reformas Processuais de 1994, com a positivação da (à época) tutela antecipada (art. 273 do CPC/1973), a parte pode obter, liminarmente e, às vezes, sem contraditório, tutela provisória (de urgência), contra a qual cabe recurso de agravo de instrumento, o qual não possui efeito suspensivo por força de lei (*ope legis*). A cognição, quando do deferimento dessa tutela provisória, é sumária.

Não faz sentido que contra a sentença caiba recurso (de apelação) com efeito suspensivo. A cognição exauriente, típica da sentença, não se coaduna com a ineficácia da sentença, quando a decisão interlocutória produz, desde logo, efeitos.

Há um nítido contrassenso nesse regramento.

De qualquer forma, desde a *publicação* da sentença, ela se torna um ato jurídico *existente* e *válido*. Em regra geral, não produzirá efeitos a sentença, pois, de acordo com o *caput* do art. 1.012 do CPC/2015, “a apelação terá efeito suspensivo”.

A suspensão dos efeitos decorre da mera recorribilidade da sentença, e não propriamente da interposição do recurso de apelação. Caso contrário, em tese, seria possível entre a data de sua *publicação* e a data da *interposição* do recurso cumprir a sentença, cujos efeitos só seriam suspensos – se fosse o caso – na data da *interposição* da apelação.

O parágrafo 1º do art. 1.012 do CPC/2015 prevê as hipóteses em que a apelação não possui efeito suspensivo.

Conforme o inciso V do parágrafo 1º do art. 1.012 do CPC/2015, a sentença que *confirma*, *concede* ou *revoga* tutela provisória não possui efeito suspensivo. Dada a cognição da sentença (exauriente), não faz sentido suspender tal capítulo em favor de decisão interlocutória anterior cuja cognição foi sumária.

Nas hipóteses em que a apelação não possui efeito suspensivo, o recorrido pode iniciar o cumprimento provisório da sentença, um vez publicada a sentença (§2º).

O parágrafo 3º permite que o recorrente requeira o efeito suspensivo quando a apelação, nos termos do parágrafo 1º do art. 1.012 do CPC/2015 não o possuir.



O requerimento será formulado ao tribunal, entre a interposição e a distribuição do recurso, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgar a apelação (§3º, I).

Se já tiver sido distribuída a apelação, o requerimento de efeito suspensivo será formulado ao relator (§3º, II). O parágrafo 4º do art. 1.012 do CPC/2015 dispõe sobre os requisitos para a concessão do efeito suspensivo, quais sejam: probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, quando houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Ver art. 995 do CPC/2015.

## 5- O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

O art. 1.013 do CPC/2015 versa sobre o *efeito devolutivo* e o *efeito translativo* da apelação.

Segundo o *caput* do art. 1.013 do CPC/2015, o recurso devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, isto é, *somente o que foi impugnado*, nos termos do ensinamento de **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>41</sup>:

O efeito devolutivo da apelação é manifestação direta do *princípio dispositivo*. O apelante é quem fixa os limites do recurso, em suas razões e no pedido de nova decisão. Em outras palavras, o *mérito* do recurso é delimitado pelo apelante (CPC 141), devendo o tribunal decidir apenas o que lhe foi devolvido, nos limites das razões do recurso e do pedido de nova decisão (CPC 492). É vedado ao tribunal, ao julgar o recurso de apelação, decidir fora dos limites da lide recursal.

As questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal, desde que relativas ao capítulo impugnado (§1º).

**TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO** e **ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**<sup>42</sup> sustentam que, em relação às questões de ordem públicas, mesmo que já tenham sido apreciadas e contra

41 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 2.067.

42 Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 1.448.

elas tenha sido interposto recurso de agravo de instrumento, essas questões são devolvidas ao tribunal no momento do julgamento da apelação:

A respeito das questões decididas, deve-se ainda dizer que, se se tratar de matéria de ordem pública, serão devolvidas em qualquer caso, mesmo que já tenham sido objeto de decisão e de agravo, anteriormente.

Particularmente, não concordo com tal entendimento. As questões de ordem pública podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação pela parte, isto é, inclusive *ex officio*. Todavia, uma vez decidida a questão de ordem pública, ela deve se submeter ao regime de preclusão, pela (indispensável) necessidade de segurança jurídica. Não fosse assim, uma mesma questão de ordem pública poderia ser revista tantas vezes pelo tribunal até que seja, em sentido contrário das anteriores, acolhida, inclusive com a extinção do processo sem resolução do processo.

Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais (§2º).

Por exemplo, em relação ao pedido, pede-se a rescisão do contrato de locação não residencial, com base na denúncia vazia e na falta de pagamento. Em primeiro grau, julga-se procedente o pedido, a partir do reconhecimento apenas do direito à denúncia vazia. Interposta apelação pelo réu/locatário, o tribunal deve apreciar a alegação de falta de pagamento, sendo, para isso, desnecessária a interposição de apelação pelo autor/locador.

Por exemplo, no que concerne ao fundamento de defesa, alega-se, em contestação, tanto a prescrição quanto o pagamento da dívida. Em primeiro grau, julga-se improcedente o pedido, com fundamento no pagamento da dívida. Interposta apelação pelo autor/credor, o tribunal deve apreciar a alegação de prescrição, independentemente da interposição de apelação pelo réu/devedor.

Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o parágrafo 3º do art. 1.013 do CPC/2015 autoriza o tribunal a decidir desde logo o mérito mesmo quando a sentença: for terminativa (§3º, I - art. 485 do CPC/2015), decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (§3º, II), constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo (§3º, III) e decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação (§3º, IV). Trata-se da chamada *teoria da causa madura*.

Ao julgar o mérito da causa, com base na *teoria da causa madura*, o tribunal pode piorar a situação do recorrente, o que configuraria - em princípio - uma *reformatio in pejus* (reforma para pior).

O princípio da *reformatio in pejus* proíbe que o recurso piore a situação do recorrente. Em outras palavras, o julgamento do recurso não pode levar, em princípio, a uma situação pior do que aquela em que se encontrava o recorrente antes de interpor o recurso, como esclarece **PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA**<sup>43</sup>:

... proibição da *reformatio in pejus*, que consiste na vedação, imposta pelo sistema recursal brasileiro, de reforma da decisão impugnada em prejuízo do recorrente, ou seja, o recurso só pode beneficiar quem recorreu.

Imagine a insegurança jurídica se o recorrente pudesse, por força do seu recurso, prejudicar seus próprios interesses.

Embora não positivado no nosso ordenamento jurídico, o princípio da *reformatio in pejus* decorre dos princípios dispositivo, da sucumbência e do efeito devolutivo, que limitam a atividade jurisdicional do tribunal.

Após prover o recurso, afastando o vício que impedia o julgamento do mérito da causa, o tribunal julga, livremente, a pretensão autoral, inclusive contra os interesses do recorrente.

Por exemplo, após rejeitar a ausência de um pressuposto processual, reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, o tribunal julga improcedente o pedido. Não há dúvida de que a situação anterior (sentença *terminativa* desfavorável) era melhor para o autor/recorrente do que a atual (sentença *definitiva* desfavorável).

Parece-me que, neste caso, não há que se falar em *reformatio in pejus*, na medida em que, quanto ao mérito, não havia até o julgamento pelo tribunal qualquer pronunciamento judicial.

Da mesma forma, afastada a decadência ou a prescrição, o tribunal, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, julgará o mérito, examinando todas as demais questões, sem devolução dos autos ao juízo *a quo* (§4º).

O capítulo da sentença que *confirma*, *concede* ou *revoga* a tutela provisória é impugnável na apelação (§5º).

Demonstrada a força maior, questões de fato, não deduzidas no juízo *a quo*, podem ser alegadas em sede de apelação (art. 1.014 do CPC/2015).

---

43 Novíssimo sistema recursal, conforme o CPC/2015, Florianópolis: Conceito, 2015, página 110.

Em princípio, não se pode, no julgamento da apelação, inovar seja quanto à matéria de fato, seja quanto à matéria de direito.

Na inicial e na contestação, as partes devem, respectivamente, deduzir a *causa petendi* e toda a matéria de defesa.

O art. 1.014 do CPC/2015 excepciona tal regra, ao permitir que se alegue nova questão de fato na apelação, desde que não se tenha podido alegar antes por motivo de força maior.

Compete ao tribunal verificar se houve, de fato, a força maior, a fim de se impedir a deslealdade processual.

Neste ponto, importante a ressalva de **ALEXANDRE FREITAS CÂMARA**<sup>44</sup>:

Deduzido um fundamento fático novo (nos casos em que isto seja admissível), será preciso admitir, também, que haja em torno dele atividade probatória. Tais provas deverão ser produzidas sem que se anule a sentença (a qual, a rigor, não tinha vício, na medida em que a prova não foi produzida no primeiro grau porque diz respeito a matéria que sequer tinha sido alegada).

O tribunal pode delegar ao juízo de origem a produção da prova, definindo prazo para a instrução. Realizada a prova, os autos devem ser devolvidos ao tribunal para a continuidade do julgamento da apelação.

**NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**<sup>45</sup> ressaltam que “*o terceiro que apela (CPC 996) não é atingido pela proibição de que trata a norma e pode alegar na apelação, pela primeira vez, questões de fato que, por óbvio, não foram suscitadas por ele no primeiro grau*”.

## 6- CONCLUSÕES

O Código de Processo Civil de 2015 modificou consideravelmente o sistema recursal, no que concerne à apelação<sup>46</sup>.

Tais modificações impõem uma revisão do instituto da apelação, a fim de adequá-lo ao novo sistema processual, o que importa, necessariamente, uma mudança de paradigma quanto ao seu cabimento e julgamento.

44 Comentários ao novo Código de Processo Civil, coordenadores Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 1509.

45 Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 2.073.

46 Infelizmente, manteve-se o efeito suspensivo *ope legis* para o recurso de apelação.

Previu-se um rol taxativo de decisões que devem ser impugnadas imediatamente por agravo de instrumento, conforme o art. 1.015 do CPC/2015.

Afora as hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC/2015 ou em outras normas (por exemplo, art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015), as demais decisões, interlocutórias ou sentenças, serão recorríveis por apelação ou em contrarrazões ao recurso de apelação da outra parte (art. 1.009, parágrafo 1º, do CPC/2015).

Dessa forma, o princípio da correspondência mostra-se bastante mitigado, uma vez que, contra decisão de mérito, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, II, do CPC/2015), assim como apelação (art. 203, § 1º, c/c o art. 1.009 do CPC/2015).

Em relação às decisões interlocutórias não agraváveis, não há preclusão imediata. Somente se não forem impugnadas por ocasião do recurso contra a sentença, preclui a questão.

A própria parte limita a cognição do tribunal (art. 1.013, *caput*, do CPC/2015), na medida em que somente a matéria impugnada pode ser objeto de análise (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Ao julgar a apelação, o tribunal pode corrigir um *error in procedendo* ou um *error in iudicando*. Assim, o tribunal pode tanto *anular* (função rescindente do recurso) quanto *reformular* (função rescisória do recurso) a sentença.

Ao tribunal confere-se, também, o poder/dever de reexaminar todas as provas produzidas em primeiro grau.

O tribunal pode julgar as questões não decididas pela sentença (art. 1.013, § 1º, do CPC/2015), assim como julgar todos os fundamentos do pedido ou da defesa, mesmo que a sentença não os tenha apreciado (art. 1.013, § 2º, do CPC/2015).

Sem que importe ofensa a qualquer garantia processual, o tribunal pode aplicar a *teoria da causa madura* e, desde logo, julgar o mérito quando reformar sentença terminativa (art. 1.013, § 3º, I, do CPC/2015), decretar a nulidade da sentença *extra* ou *ultra petita* (art. 1.013, § 3º, II, do CPC/2015), complementar o pedido não julgado pela sentença *infra* ou *citra petita* (art. 1.013, § 3º, III, do CPC/2015) ou declarar a nulidade da sentença sem fundamentação (art. 1.013, § 3º, IV, do CPC/2015).

Relembre-se que a parte não pode, em princípio (art. 1.014 do CPC/2015), trazer fundamentos novos no recurso de apelação.

Parece-me que, no sistema instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, se a parte impugnar, em contrarrazões ao recurso de apelação da outra parte, decisão interlocutória não agravável, o conhecimento e o julgamento do seu

recurso, inserido no bojo das suas contrarrazões, não se sujeita ao conhecimento do recurso de apelação da outra parte. Noutras palavras, não há *subordinação* entre as contrarrazões e o recurso de apelação da outra parte, pois não se trata de *recurso adesivo*. Tal assertiva decorre do fato de que, no sistema processual do Código de Processo Civil de 2015, não há *obrigatoriedade* de a parte apelar da decisão interlocutória não agravável; ela pode se insurgir contra esta decisão em contrarrazões ao recurso da parte contrária.

Por outro lado, à luz do Código de Processo Civil de 2015, que tornou “apelável” a decisão interlocutória não agravável, deve-se admitir que, interposta apelação *independente* contra a decisão interlocutória não agravável (art. 1.009, § 1º), a outra parte possa interpor apelação *adesiva* contra a sentença propriamente dita (art. 997, § 2º, inciso II), visto que não há necessidade de qualquer vínculo entre o objeto do recurso independente (principal) e o adesivo. Todavia, mesmo neste caso, parece-me que continua sendo necessária a sucumbência parcial na sentença propriamente dita, pois, para o recurso adesivo, indispensável a figura da sucumbência recíproca.

Por fim, considerando que a parte pode apelar apenas para impugnar decisão interlocutória não agravável, se houver recurso de apelação da parte contrária contra a sentença (mérito – sentença de procedência parcial – sucumbência parcial), nada impede que a parte que apelou da decisão interlocutória não agravável interponha apelação adesiva ao recurso. Neste caso, haverá apelação principal contra a decisão interlocutória não agravável e apelação adesiva contra a sentença propriamente dita, em decorrência da sucumbência parcial.

Parece-me que não se pode defender a preclusão *consumativa*, a fim de não admitir a apelação adesiva contra a sentença (sucumbência parcial), por já ter a parte interposto recurso de apelação contra a decisão interlocutória não agravável, pois as *decisões recorridas* são diversas. Noutras palavras, ao interpor apelação *independente* contra a decisão interlocutória não agravável, a parte não se insurgiu contra a sentença propriamente dita, daí porque não se deve falar em preclusão *consumativa*, a fim de impedir a interposição de apelação *adesiva* ao recurso de apelação da outra parte contra a própria sentença (que não é objeto do recurso *independente* da parte). ❖

# Astreintes no Novo CPC – Perspectivas e Controvérsias

## Alexandre Flexa

*Advogado sócio do escritório Flexa Vietes Novaes Annes Dias Advogados, no Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação da FGV, PUC e EMERJ. Autor de Novo Código de Processo Civil, Temas Inéditos, Mudanças e Supressões (ed. Juspodivm); coautor de Comentários ao Novo Código de Processo Civil (ed. Forense);*

## Bernardo Annes Dias

*Advogado sócio no escritório Flexa Vietes Novaes Annes Dias Advogados, no Rio de Janeiro.*

## 1- INTRODUÇÃO

### 1.1 – Contextualização, natureza jurídica e conceito

O apego à didática obriga-nos, antes de adentrarmos na temática ora proposta, a tecer considerações acerca do instituto das astreintes, tais como seu conceito, a sua evolução histórica e sua natureza jurídica.

O instituto tem sua origem no direito francês, tendo sido aplicado, em um primeiro momento, em sede jurisprudencial, quando os juízes sentiram a necessidade de criar algum instrumento processual apto a incidir sobre a vontade do executado, com a finalidade de que as obrigações impostas pelo Estado-juiz, fossem concretizadas. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni: “é certo que, mais tarde, a própria prática dos juízes franceses, contra a lei, acabou assumindo a necessidade da utilização da multa para atuar sobre a vontade do inadimplente, quando surgiu das astreintes, forma por meio da qual o juiz impõe o pagamento de uma soma em dinheiro para as hipóteses de não cumprimento da decisão ou da sentença.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, *et alii*, **Curso de processo civil**, volume 3: execução, 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

Partindo dessa noção inicial, constata-se que o instituto ora estudado está intimamente ligado à ideia de inadimplemento das obrigações pelos devedores, o que, em regra, dentro da sistemática jurídica, irá desaguar no Poder Judiciário, mediante o manejo, pelo credor, da tutela jurisdicional de natureza executiva, que, por sua vez, deve ser entendida como o instrumento processual adequado a satisfazer o direito declarado no título executivo.

Desse modo, apresenta-se imprescindível ilustrar a sistematização da tutela jurisdicional executiva na atualidade, em especial, após o advento do CPC/2015, com intuito de enquadrar o instituto das astreintes dentro dessa estrutura complexa.

A execução é uma atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz, com o único objetivo de entregar ao titular do direito, expresso em um título executivo, o bem da vida que lhe é conferido pelo direito. E, tendo em vista o princípio da responsabilidade patrimonial, essa atividade se dá mediante uma “agressão patrimonial”, ou seja, o ingresso no patrimônio do executado, realizando a constrição e alienação de seus bens presentes e futuros até satisfazer o crédito constante do referido título executivo.

Por sua vez, a atividade executiva apresenta dois “meios técnicos” (mecanismos) para se desenvolver, que são: execução por meio de sub-rogação (direta) ou execução por meio de coerção (indireta).

Na lição de Dinamarco, “a execução tradicional por sub-rogação processa-se e se impõe mediante atos do Estado-juiz incidentes diretamente sobre bens integrantes do patrimônio do obrigado e não sobre a vontade deste; é a ela que se refere a clássica definição de execução forçada como conjunto de medidas com que o Estado invade o patrimônio do obrigado e dele extrai o bem ou bens necessários à satisfação do direito do credor, independentemente da vontade daquele ou mesmo contrariamente a ela.”<sup>2</sup>

Por outro lado, fala-se em execução por meio de coerção (indireta) quando o Estado-juiz não substitui a vontade do executado, mas se utiliza de medidas que visam a constranger o executado, pressionando-o, psicologicamente, a cumprir a obrigação.

As astreintes podem ser enquadradas nessa sistemática como uma espécie de medida coercitiva a ser adotada na execução indireta. Essa, portanto, sua natureza jurídica.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., *in verbis*: “A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumpri-

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Vol. IV, 3ª Ed., Editora Malheiros, 2009, p.54.



mento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes do direito francês. (...) A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem punitiva. (...) A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação.”<sup>3</sup>

Uma vez contextualizado o instituto, passemos a sua conceituação. E as astreintes podem ser definidas como a multa coercitiva, de caráter periódico, aplicada pelo Estado-juiz, em sede de tutela executiva, com a finalidade de coagir o devedor ao adimplemento de obrigações previstas em títulos executivos.

## 1.2 – A ampliação do espectro de incidência da multa coercitiva

As astreintes, inicialmente, não foram insculpidas para serem manejadas em qualquer espécie de execução. Elas possuíam um campo específico de incidência, que se restringia às execuções que tinham por objeto as obrigações de fazer ou não fazer. Isso porque, obrigações dessa natureza para serem adimplidas necessitam da vontade do devedor (por ato próprio do obrigado), não se apresentando eficaz, em um primeiro momento, a execução por sub-rogação, como leciona Alexandre de Freitas Câmara: “(...), tanto na execução de obrigação de fazer, como na de obrigação de não fazer, os meios executivos incidem, apenas, sobre o patrimônio do executado. Isto se dá por não ser possível constranger alguém a prestar um fato. Sendo assim, impossível que haja a prática de atos de sub-rogação da atividade consistente num fazer ou num não fazer. (...). Ocorre que a vontade primária do direito objetivo, nas obrigações de fazer e não fazer, é que o cumprimento da obrigação se dê por ato do próprio obrigado. Por esta razão, prevê o sistema, como meio de permitir a atuação desta vontade do direito, a utilização de meios de coerção, ou seja, meios de pressão psicológica, que incidem sobre o executado, como forma de obter o cumprimento (por ato seu) da obrigação.”<sup>4</sup>

E, durante a vigência do CPC/1973, essa espécie de medida coercitiva tinha seu espectro de incidência limitado, não sendo aplicável, por exemplo, na hipótese de execução que tivesse por objeto a obrigação de pagar, conforme a posição da doutrina majoritária e da jurisprudência dos tribunais superiores.<sup>5</sup>

3 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v 5, Editora Juspodivm, 2009, p. 442/443.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v 2, 19ª Ed., Editora Lumen Juris, 2011, p. 250/251.

5 Processual civil e civil. Plano de saúde. Tratamento médico. Obrigação de fazer satisfeita tempestivamente. Obrigação de pagar. Imposição de multa cominatória. Impossibilidade. 1. **Satisfeita tempestivamente a obrigação de fazer**, consistente em autorizar a realização de tratamento médico urgente, **a obrigação de pagar quantia certa acaso remanescente não pode ser alvo da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC**. 2. Recurso especial provido. (Resp 1343775/

Entretanto, o CPC/2015 rompe com esse entendimento, prevendo, de forma expressa, no art.139, IV a possibilidade de o Estado-juiz fixar a multa coercitiva quando se tratar de demandas com obrigações de qualquer natureza, inclusive, que tenham por objeto obrigação de pagar; senão vejamos:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:(...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; ”

Logo, cuida-se de uma inovação festejada por parte da doutrina<sup>6</sup>, uma vez que, seguindo o escopo almejado pela novel legislação processual de garantir efetividade à prestação jurisdicional, amplia-se, consideravelmente, os instrumentos colocados à disposição do órgão julgador para assegurar o cumprimento das ordens judiciais, sendo esta a *mens legis*.

Essa mudança radical de rumos encontra ressonância no plano doutrinário, conforme se denota do Enunciado n.º 12, do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), *in verbis*: “ (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A **aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação** no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. ” (Grifo nosso).

Com efeito, é forçoso reconhecer que, apesar da resistência por parte da doutrina e, em especial da jurisprudência<sup>7</sup>, esse meio coercitivo encontra-

PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 26/11/2015) (grifo nosso).

6 Essa é a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves: “(...) , a previsão contida no inciso IV do art. 139 do Novo CPC é plenamente capaz de afastar essa resistência jurisprudencial, de forma a ter sido criado o ambiente legislativo propício para a aplicação das astreintes nas execuções que tenham como objeto obrigação de pagar quantia.” (Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil – Volume único, 8ª Edição, Ed. Juspodivm, 2016, p.970)

7 TJRJ, Agravo de Instrumento n.º 0029046-73.2016.8.19.0000, Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, 27ª Câmara Cível do Consumidor. “Agravo de instrumento. Objeção de pré-executividade. Multa exorbitante. Meio idôneo. Possibilidade de revisão de ofício. **art. 139, iv, do cpc. Aplicação subsidiária à prestação de natureza pecuniária. Poder geral de efetivação das decisões judiciais.** Sanção duplamente valorada. Desproporcionalidade de cumulação do preceito cominatório com a sanção de restituição em dobro. (...). Verifica-se que o juízo de origem considerou que a multa diária fixada na sentença para o descumprimento da obrigação de restituir (item III da parte dispositiva) mostrou-se desproporcional e exorbitante, na medida que houve a condenação fazê-lo em dobro, o que por si só tem caráter coercitivo. Sobre a matéria **discutida, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de ser a multa diária meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia certa. Tal decisão encontrava apoio no código revogado, quando o artigo 461, §5º, limitava-se às prestações de fazer e não fazer e de dar coisa que não o dinheiro.** Ocorre que o Código em vigor conferiu maior prerrogativa no artigo 139, inciso IV, ao magistrado, ao estender a coerção indireta, como forma de poder geral de efetivação das decisões, para as ações que tenham por objeto prestação pecuniária. A ampliação deve ser lida de forma sistemática com as demais disposições, razão pela qual a parte inclusiva do dispositivo parece afastar a total inviabilidade dogmática de aplicação à prestação de natureza pecuniária, a depender do caso concreto, justamente por se tratar de poder geral de efetivação

-se consolidado no sistema processual pátrio, e, com o advento do novel diploma processual passa a ser adotado como um dos principais instrumentos aptos a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, em qualquer espécie de obrigação objeto da demanda executiva, como expressão do “poder geral de efetivação das decisões judiciais”.

## 2- A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE ASTREINTES

Realmente a codificação processual civil, tanto o CPC/1973 quanto o atual, não apresenta quaisquer critérios objetivos que devem ser observados pelo magistrado no momento de fixação de multas coercitivas.

Essa ausência de parâmetros legais torna o valor a ser arbitrado por cada magistrado extremamente subjetivo. Esse fato é objeto de crítica por parte da doutrina, eis que acarreta uma série de divergências acerca do instituto, tal como a existência ou não de limitação das astreintes ao valor da prestação inadimplida.<sup>8</sup>

Outrossim, as astreintes possuem íntima ligação com o princípio da eficiência, porquanto se apresenta como instrumento processual adequado, colocado a serviço do julgador, para dar efetividade às suas decisões judiciais, já que compele a parte devedora a adimplir com a prestação constante de um título executivo.

Com efeito, partindo da premissa de que essa multa possui natureza coercitiva, certo é que esse objetivo somente será alcançado se esta for suficientemente forte a ponto de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a obrigação inadimplida. Mas, daí surge a seguinte questão: quais seriam os parâmetros a serem seguidos para que esse instrumento processual seja apto a obter a sua finalidade coercitiva?

Essa questão é objeto de embate em sede doutrinária e no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça. Inclusive, esse tema foi objeto de recentíssimo debate entre as turmas daquele C. Tribunal Superior, porquanto, conforme ressalta o I. Ministro Luis Felipe Salomão, em recente entrevista: “(...) constatou a dispersão na jurisprudência acerca do tema, tornando verdadeira

---

das decisões judiciais. Não por outra razão, existe linha hermenêutica que não afasta a hipótese, mas a relega ao campo de aplicação subsidiária. Primeiro, aplicam-se as medidas típicas (como a penhora) para só então passar para as atípicas. No caso em apreço, existe uma particularidade: o magistrado já considerou em seu nascedouro a sanção de restituir em dobro os valores pagos pela aquisição dos produtos. O problema que se vislumbra é que já existe uma valoração punitiva do magistrado quando determina restituir o desconto em dobro, por ser indevido, por força de direito material. As astreintes, por outro lado, assumem fisionomia autônoma cujo fato gerador surgiria pelo descumprimento de uma obrigação judicial, só que, no caso em apreço, já valorada punitivamente. (...). Recurso desprovido.” (Grifo Nosso).

<sup>8</sup> Ainda durante a vigência do CPC/1973, a doutrina e a jurisprudência haviam pacificado entendimento no sentido de que o valor da multa pode superar o montante da prestação descumprida. Isso porque, a sua finalidade é de conceder efetividade à tutela jurisdicional. Esse é a posição na doutrina, por todos, de Luiz Guilherme Marinoni, Op. Cit., p.77. E, na jurisprudência, é o posicionamento consolidado do STJ:

‘loteria’ para a parte a avaliação do valor, o que causa insegurança e significativas alterações a depender de onde o caso é julgado. (...) na 3ª Turma é retornar ao momento em que o valor foi fixado e, se naquele momento, houve excesso, altera o valor, e em caso negativo, mantém sem considerar um teto; e na 4ª Turma, os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade da multa diária são considerados em correspondência com o valor principal, de modo que o colegiado tende a reduzir o valor das astreintes a patamares mais módicos, ‘à vista da predileção à exacerbação da multa cominatória’”.<sup>9</sup>

O eminente Ministro, integrante da 4ª Turma do aludido Tribunal Superior, apresentou a tese no sentido da necessidade do preenchimento de 04 (quatro) critérios a serem levados em conta quando da fixação da multa coercitiva pelo Poder Judiciário, objetivando dar aos julgadores um certo grau de objetividade, *in verbis*:

Valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado;

Tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade);

Capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor;

Possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.<sup>10</sup>

Entendemos que esses parâmetros são muito bem-vindos, em especial, porque foram formulados, de forma proposital, com um conteúdo aberto, com a finalidade de facilitar sua utilização no maior número de casos concretos, concedendo ao julgador uma margem razoável de discricionariedade.

O que nos parece descabido é instituir requisitos que engessassem, em demasia, o magistrado, restringindo seus poderes, representando um retrocesso em matéria de efetivação da prestação jurisdicional.

Assim, fica claro que esses critérios estão em perfeita harmonia com os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, que regem a matéria.

### 3 - DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS ASTREINTES

O tema que, na atualidade, representa questão extremamente controvertida refere-se à possibilidade ou não da modificação do valor e da periodicidade das astreintes, em especial, as vencidas.

Na vigência do CPC/1973, a doutrina majoritária e a jurisprudência posicionavam-se no sentido de que era plenamente cabível a alteração da

<sup>9</sup> Reportagem retirada do sítio: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI249102,91041-Exclusivo+STJ+define+critérios+para+fixacao+de+astreintes>, publicada em 17 de novembro de 2016, acessada em 22 de novembro de 2016.

<sup>10</sup> STJ, AgRg no ARsp 738.682, 4ª Turma, Voto-Vista do Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/11/2016.

multa de natureza coercitiva, seja vencida ou vincenda, tendo como base o art. 461, § 4º do CPC/1973.<sup>11</sup>

Outrossim, mister se faz salientar que essa multa possui caráter provisório, eis que sua finalidade é compelir a parte devedora a cumprir a obrigação. Logo, uma vez cumprida a obrigação pelo devedor, a multa perde sua razão de ser e deve deixar de incidir, mas os valores que já incidiram em decorrência do inadimplemento permanecem exigíveis.

O fundamento para permitir essa modificação, a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado, consistiria no fato de que as astreintes seriam regidas pelos princípios vetores da proporcionalidade e razoabilidade.

Neste ponto, impende trazer à baila alguns apontamentos acerca destes “postulados constitucionais”. Apesar de a doutrina entender que os aludidos princípios possuem origens distintas, a posição que tem prevalecido em sede doutrinária é aquela que defende a fungibilidade entre os institutos.<sup>12</sup>

Por sua vez, no tocante a sua origem, os doutrinadores apontam que a razoabilidade decorre da *common law* (direito anglo-saxônico), mais especificamente do direito norte-americano que, por meio de sua jurisprudência apresenta uma evolução da cláusula do devido processo legal, eis que esta possui uma dupla vertente: uma primeira, processual (*procedural due process of law*) e uma segunda, de natureza substantiva (*substantive due process of law*), entendida como uma verdadeira cláusula de proteção de liberdades e direitos individuais em face dos abusos estatais. Por outro lado, a proporcionalidade teria origem no direito germânico, “quando o Tribunal Constitucional articulou a adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito como parâmetros de valoração dos atos administrativos.”<sup>13</sup>

Assim, o princípio da proporcionalidade é aferido mediante o preenchimento de 03 (três) elementos, que são: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Inclusive, esse era o posicionamento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“Agravo regimental. Recurso especial. Astreintes. Revisão do valor. Possibilidade. Inexistência de violação a coisa julgada. Intimação pessoal.

<sup>11</sup> Art.461, § 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª Ed., Editora Forense, 2016, p. 44.

<sup>13</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**, 8ª Ed., Editora Atlas, 2016, p. 142.

Necessidade. Súmula 410/STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A **jurisprudência desta Corte orienta** que “o legislador concedeu ao juiz a prerrogativa de impor multa diária ao réu com vista a assegurar o adimplemento da obrigação de fazer (art. 461, caput, do CPC), bem como **permitiu que o magistrado afaste ou altere, de ofício ou a requerimento da parte, o seu valor quando se tornar insuficiente ou excessiva, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não se observando a preclusão ou a coisa julgada**, de modo a preservar a essência do instituto e a própria lógica da efetividade processual (art. 461, § 6º, do CPC)” (AgRg no AREsp 195.303/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013).

2.- (...). 4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1459296/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014). ”

Entretanto, o CPC/2015 reaviva essa discussão, ao prescrever, no artigo 537, § 1º, *in verbis*:

“Art. 537. (...) § 1º O **juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la**, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. ”

Desse modo, com o advento da novel legislação processual despontam no cenário jurídico 02 (duas) posições sobre o tema, que volta a ser controvertido.

Uma primeira corrente, já exposta acima, e que retrata a posição predominante até o advento do CPC/2015, pode ser resumida nos seguintes termos: a multa seria regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo sua alteração a qualquer momento, a fim de que essa se adequasse à sua finalidade coercitiva, bem como pelo princípio da proporcionalidade, evitando-se, com isso, o enriquecimento sem causa, quando o valor se evidenciasse excessivo.

De tal modo, para essa corrente, a modificação da multa teria efeitos *ex tunc*, ou seja, produziria efeitos retroativos, sendo possível retroagir sua eficácia, inclusive, atingido os valores já vencidos.

Já uma segunda corrente, à qual nos filiamos, defende a necessidade de se fazer uma interpretação literal do aludido dispositivo, que, a *contrario sensu*, leva à conclusão de que a alteração ou exclusão, do valor ou da pe-

riodicidade, das astreintes somente será cabível quando se tratar de multas vincendas, não sendo possível, portanto, que o magistrado modifique multas diárias vencidas.<sup>14</sup>

Isso significa que a modificação do valor ou da periodicidade da multa somente produzirá efeitos *ex nunc*, isto é, nunca podendo retroagir, a fim de atingir os valores referentes à multa vencida. E, de acordo com a doutrina mais abalizada: “a multa só é reversível *ex tunc* se tiver havido defeito em sua fixação. Afasta-se a simples remissão pelo juiz.”<sup>15</sup>

Esse entendimento funda-se na premissa de que a *mens legis* foi justamente no sentido de restringir o poder do juiz de modificar as astreintes, que somente poderá alterar a multa vincenda. Cuida-se, portanto, de um “silêncio eloquente”, que suprime do dispositivo, de forma intencional, o termo “vencidas” exatamente para não permitir modificações com efeitos *ex tunc*.

Outrossim, entendemos que o argumento empregado pelos defensores da primeira corrente, com intuito de permitir a alteração das astreintes vencidas, de que essa corrente tem por escopo a vedação ao enriquecimento sem causa, não merece guarida. Isso porque, se a multa é devida em razão do inadimplemento do devedor e tem como destinatário o credor, que está privado do bem da vida, por culpa do devedor, o seu enriquecimento com a percepção das astreintes é devida, ou seja, há um título judicial que legitima o surgimento deste crédito para o credor, qual seja: a demora do devedor em efetivar o comando judicial.

Nestes termos, não há que se falar em enriquecimento sem causa ou ilícito, que permitiria, sob o argumento da necessidade de se observar a proporcionalidade, a diminuição do crédito pelo órgão julgador. Logo, o enriquecimento do credor é “com causa” e não lhe pode ser imputado qualquer responsabilidade por seu crescimento, o que afastaria a legitimidade para permitir a modificação judicial da multa vencida.

Outro argumento que serve de base para advogar a tese da inalterabilidade da multa vencida parte da premissa de que esta a partir do momento que se torna vencida incorpora-se ao patrimônio do credor, configurando-se como verdadeiro direito adquirido. E, a cada dia de inadimplemento da ordem judicial o valor da multa torna-se devido, passando a fazer parte do patrimônio do credor, como um direito subjetivo que pode ser exigido.

<sup>14</sup> Na doutrina essa é a posição de Alexandre Freitas Câmara, na obra: O novo processo civil brasileiro.

<sup>15</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**, p.249.

Com efeito, como a multa vencida constitui-se como direito adquirido, não pode ser, posteriormente, por mero alvitre do órgão judicial e com base em interpretações exclusivamente subjetivas, fundada no imperativo de observância do princípio da proporcionalidade, suprimir do patrimônio do credor valores que lhe são devidos legitimamente.

E, a posição por nós defendida começa a ganhar força em nossos tribunais, conforme pode ser constatado nos seguintes arestos, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Execução de astreintes. Redução de ofício com fundamento no artigo 461, §6º do CPC/1973. Decisão agravada proferida já sob a égide do Novo Código de Processo Civil. Lei processual que tem aplicação imediata. Impossibilidade de redução de multa vencida, fixada em sentença já transitada em julgado, e contra a qual a parte ré sequer interpôs recurso. Vedação contida no artigo 537, §1º, I do NCP. A multa por descumprimento é instrumento que visa dar efetividade ao processo, e se, no caso concreto, atingiu valor expressivo, isto se deveu à própria conduta desidiosa da parte que se furtou ao cumprimento de comando judicial. Restabelecimento do valor fixado em sentença. Jurisprudência do TJ/RJ. Recurso provido. (0030602-13.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Relator: Des(a). Pedro Saraiva de Andrade Lemos - Julgamento: 28/09/2016 - Décima Câmara Cível do TJERJ)

Direito processual civil. Recurso que tem por objeto a redução de valor de astreinte já vencida. Impossibilidade. Expressa vedação legal (art. 537, § 1º, do CPC/2015) à redução de multa com eficácia retroativa, que atende a entendimento que em doutrina já era majoritário ao tempo do CPC/1973. Desprovimento do recurso. (0039701-07.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Relator: Des(a). Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara - Julgamento: 21/09/2016 - Segunda Câmara Cível do TJERJ) ❖



# Considerações Sobre as Relações do Estado e do Direito na Economia

**Alexandre Santos de Aragão**

*Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP, Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.*

A visão da economia como um espaço privado, infenso a objetivos coletivos e, conseqüentemente, à atuação do Estado como um dos veículos de satisfação das necessidades e desejos da sociedade,<sup>1</sup> nunca se concretizou totalmente na realidade empírica das sociedades.<sup>2</sup>

Esse fato se deve a três razões.

Em primeiro lugar, a economia, ou seja, a destinação dos bens e serviços necessários e úteis à vida das pessoas,<sup>3</sup> é um dos elementos

---

1 Quanto à ascensão dos liberais ao poder, referência deve ser feita à célebre frase de Eric Hobsbawm, segundo o qual “em tempos de revolução nada é mais poderoso do que a queda de símbolos. A queda da Bastilha, que fez do 14 de julho a festa nacional francesa, ratificou a queda do despotismo e foi saudada em todo o mundo como o princípio de libertação.” Como bem narra o historiador, a Revolução Francesa alterou fortemente o quadro político de uma França absolutista, em especial no período de 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799. HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 83-94. Anterior à Revolução Francesa, cabe menção, notadamente, à Guerra de Independência Americana, de 1776, a qual fora a primeira revolução liberal, anticolonialista e antimercantilista vitoriosa. VISENTINI, Paulo Fagundes. **História mundial contemporânea (1776-1991)**: da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética. 3. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2012. p. 34.

2 Segundo FERRARESE, a ideologia liberal tem um valor sobretudo prescritivo. O conceito prescritivo de mercado não regulado é superado pela “*representação do mercado como arena de conflito, com vencedores e perdedores*”. A existência de conflitos permanentes, no corpo social, invalida a ideia de liberdade pacífica de mercado. FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti**. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 38-40.

3 Para EDWIN CANNAN “o objetivo da Economia Política ou da economia é a explicação das causas gerais do bem-estar material de que os homens dependem”. CANNAN, Edwin. **Elementary political economy**. 3. ed. London: Oxford University Press. p. 1. Na mesma linha conceitual de CANNAN, para ALFRED MARSHALL “[a] economia política ou a economia é o estudo de como os homens pensam, se movem e vivem nos negócios comuns da vida. Examina-se essa parte da ação individual e social que está mais conectada com a realização e com o uso dos requisitos materiais do bem-estar”. MARSHALL, Alfred. **Principles of Economy**. 8. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1920. p. 1. LIONEL ROBBINS propõe um conceito analítico de economia, definindo-a como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins determinados e os recursos escassos, os quais têm usos alternativos. ROBBINS, Lionel. **Essays on Nature and Significance of Economic Science**. 2. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1945. p. 16. O conceito de economia envolve a circulação de bens e serviços que geram utilidade por meio do consumo. O fluxo desses

centrais de uma sociedade harmônica e, a partir do momento em que o Estado busca se legitimar entre os membros da sociedade, auferindo as suas próprias receitas para dar conta das funções necessárias a tanto e disciplinando os comportamentos humanos perniciosos (inclusive os de caráter econômico), de alguma maneira será inevitável influenciar os fluxos econômicos.

Na verdade, a própria existência do Estado e de outros entes a ele similares, como blocos regionais, já é, por si só, uma intervenção na economia.<sup>4</sup>

Todo Estado historicamente teve que tributar as atividades econômicas nem que fosse para pelo menos manter a sua própria máquina, proscrever o exercício de algumas delas, estabelecer requisitos, por mais básicos que fossem, para o seu exercício e atender necessidades que o mercado não supria, não só as necessidades dos hipossuficientes, como também provendo as infraestruturas necessárias ao próprio exercício de atividades econômicas dos particulares.<sup>5</sup>

Em segundo lugar, o próprio mercado é uma criação do Direito emanado do Estado.<sup>6</sup> O mercado, tal como apresentado nas economias capitalistas contemporâneas, é indissociável do direito estatal. Não obstante a mão invisível do mercado constitua o ideal do pensamento liberal clássico, o direito é indispensável para a normatização e solidificação de categorias econômicas essenciais, como a propriedade, os títulos de crédito e as sociedades comerciais.<sup>7</sup>

---

bens e serviços é determinado por um conjunto de escolhas racionais em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos individuais.

4 “A própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia”, MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973. p. 198-199.

5 As possibilidades de promoção de infraestrutura pelos Estados não é consensual entre as diferentes teorias econômicas. Os economistas clássicos e neoclássicos propõem uma separação mais sensível entre o Estado e o mercado. Teorias econômicas clássicas mais ortodoxas, como a de Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, sustentam que as funções básicas do Estado devem restringir-se à defesa, ao direito como regulador de alguns fatos sociais, como a propriedade privada, a estrutura da competição e da cooperação e, por fim, a ordem. As teorias estruturalistas, as quais defendem uma atuação mais extensiva do Estado na economia, defendem que as funções do Estado extrapolam a capacidade de determinação e garantia do sistema jurídico, devendo também criar as condições materiais de produção, mais comumente conhecida como a infraestrutura, além de garantir a mediação entre salário e capital. A respeito ALT, James E.; CRYSTAL, K. Alec. **Political Economics**. Berkeley: University of California Library, 1983. p. 175-197. Na prática, sempre se proveu infraestrutura para os empresários, mesmo no liberalismo.

6 O mercado, a fim de sobreviver como instituição, não pode prescindir de proteção externa. Para tal função protetiva o direito tem sido tradicionalmente presente. “Sem esta garantia externa, por conseguinte, o mercado não tem um elemento muito importante para a sua institucionalização.” FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti**. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 72.

7 SINGER, Joseph William. Democratic States: Property Law in a Free and Democratic Society. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 08-42, 61 p., 2008: <http://ssrn.com/abstract=1278136>. Acesso em: 10 dez. 2014, p. 50.

A estruturação do direito contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do capitalismo e do mercado, o que demanda previsibilidade e garantia das transações e dos fluxos de bens e serviços, assegurados por uma ordem jurídica estruturada.<sup>8</sup> RICHARD POSNER chega a atribuir o fracasso econômico de certos países ao baixo nível de estruturação e organização do sistema jurídico e, portanto, à ineficiência da garantia dos contratos e das propriedades privadas. O mercado, dessa maneira, é reflexo e criação do direito estatal.<sup>9</sup>

Não desconsideramos que as trocas econômicas em comunidades primitivas, em valores pouco significativos ou em operações de troca imediatas, poderiam se dar sem a guarida do Estado. Porém, o mercado enquanto instituição, enquanto interação permanente do conjunto de atores sociais, é criado, limitado, garantido e fomentado pelo Estado. Para a segurança das relações econômicas é necessário o *placet* do Estado. Por mais que haja sanções informais do próprio mercado e mecanismos sociais de *soft law*,<sup>10</sup> ainda não é possível se imaginar operações econômicas de grandes proporções sem que possuam, ao menos potencialmente, a coercitividade estatal contra eventuais inadimplementos, má-fé ou controvérsias interpretativas.<sup>11</sup>

Nesse sentido, devemos lembrar também as atuações estatais em defesa da concorrência, que limitam a liberdade de mercado para assegurar a sua própria subsistência, ou que levam o Estado a também atuar no mercado, já que o sucesso de agentes privados pode prejudicar a existência e o dinamismo do próprio mercado, dificultando ou mesmo impedindo a entrada de concorrentes. O Estado, portanto, paradoxalmente, para assegurar a existên-

8 WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 68-69.

9 POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2007. p. 258.

10 As *soft laws* são “pautas meramente interpretativas que, apesar de possuírem estrutura jurídica, não têm conteúdo obrigatório”, SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização de políticas: uma introdução à temática do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. In: **Direito Administrativo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010. p. 1-28, p. 4. A chamada *soft law* é por vezes relacionada ao Direito Administrativo Global e é uma nomenclatura bastante comum ao Direito Internacional. Sobre o direito administrativo global, remete-se às lições de Sabino Cassese, que vai inserir a *soft law* na sistemática das relações globais, contrapondo-a à *hard law*, juridicamente vinculante. Para mais considerações acerca do tema, CASSESE, Sabino. *Global Administrative Law: An Introduction*. **Journal of International Law and Politics**, v. 37, n° 4, p. 663-694, 2005, Summer.

11 Não obstante algumas escolas econômicas defendam que o livre funcionamento do mercado leva naturalmente à satisfação do bem comum, na prática, não se verificou, até os dias de hoje, modelo pleno de autorregulação autônoma do mercado. Segundo Marçal Justen Filho, “a intervenção estatal é condição de possibilidade da existência do mercado”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 693. A respeito também FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti**. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 72. GRAU, Eros Roberto. O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação. In: CAMARGO, Ricardo A. L. (org). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

cia do mercado, tem que limitar a liberdade dos seus agentes.<sup>12</sup> Tudo se passa como se, no mundo econômico, o Estado tivesse que fomentar e garantir a existência de batalhas entre os agentes econômicos, mas sempre zelando para que nenhum deles obtenha a vitória definitiva na guerra.

FERNANDO HERREN AGUILLAR explica que as normas da concorrência, embora limitadoras da liberdade, são necessárias à manutenção do próprio sistema de livre mercado, estando inseridas entre as chamadas “*normas de ajuste*”. “Onde quer que existam normas de controle da concorrência, supõe-se alguma espécie de disfunção do mercado livre”.<sup>13</sup> Em outras palavras, sem as normas estatais do direito da concorrência, o próprio livre mercado fica comprometido, não pela ação do Estado, mas dos próprios agentes econômicos.

Em terceiro e último lugar, entre as razões que levam à incidibilidade entre Estado e economia, há atividades em que, seja pela sua importância social somada à impossibilidade de o mercado supri-las adequadamente, seja por interesses estratégicos da sociedade ou por necessidades estruturais internas do próprio Estado, opta-se, em maior ou menor escala, por sua prestação estatal, decidindo-se politicamente em cada conjuntura pela necessidade de serem prestadas sem os riscos inerentes ao mercado. Seria o âmbito do que, no direito brasileiro, chamamos de serviços e monopólios públicos.<sup>14</sup>

Fixada a relação indivorciável entre Estado e economia, devemos tecer uma crítica à tradicional expressão “intervenção do Estado na economia”.<sup>15</sup>

O verbo intervir pressupõe a ideia de imiscuição em terreno que não é próprio, quando acima pudemos concluir que a existência do Estado

---

12 COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 195-196.

13 AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 226-227. A existência dos mercados competitivos é precipuamente assegurada por dois princípios centrais, o da livre-iniciativa e o da livre-concorrência. A livre-iniciativa é fundamental para que os agentes econômicos possam desenvolver suas atividades no mercado, ao passo que a livre-concorrência deve ser assegurada pelo direito da concorrência, ou regulação da concorrência, para garantir a existência do mercado. O objetivo do direito de concorrência, o qual limita a ação de determinados agentes, é impedir distorções econômicas que inviabilizam o próprio mercado, distorções estas como o abuso do poder de mercado das grandes empresas e prática anticompetitivas. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 158-159.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1 e segs.

15 “Intervenção indica (...) atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade em sentido amplo”, cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 90-91.

pressupõe em si algum tratamento, por ele, de matérias econômicas, e que o mercado, enquanto instituição, só pode existir e proliferar em razão da existência do Estado e do seu Direito. Sendo assim, não se pode afirmar que o direito é um terreno exógeno à economia, nem vice-versa. Nesse sentido, FERNANDO FACURY SCAFF:

“Qualquer expressão que denote ‘intervenção’ do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir.”<sup>16</sup>

Sendo assim, mais correto seria falar de **atuação** do Estado<sup>17</sup> em relação à economia (e também vice-versa, de atuação da economia sobre o Estado), do que se referir a “intervenção” ou a “interferência” do Estado na economia. Todos esses subsistemas sociais (direito e economia) são estruturalmente acoplados e, conseqüentemente, inter-relacionados.<sup>18</sup>

As formas e intensidades dessa atuação do Estado em relação à economia variam de acordo com o contexto político-ideológico prevalente em cada sociedade e momento, conforme positivado pelo legislador e pelo Poder Executivo, obedecidos os limites mínimos e máximos de atuação estatal fixados na ordem econômica constitucional, que, na maioria dos Estados contemporâneos, deixa uma ampla margem de opção à política majoritária.

---

16 SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o Conteúdo Jurídico do Princípio da Lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*, 224, p. 334, 2001. No mesmo sentido, criticando o termo “intervenção”, SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980. p. 398.

17 Esse será o termo preferencialmente adotado por nós. Todavia, sendo apenas questão de nomenclatura e já feito esse esclarecimento semântico, poderemos vez ou outra lançar mão também do tradicional termo “intervenção”.

18 Partindo da ideia trazida pela Teoria Sistemática do Direito, GUNTHER TEUBNER ilustra que o Direito não pode ser apenas visto por sua dimensão normativa, mas também por sua dimensão fática e social. O autor destaca que há uma dupla autopoesis, jurídica e social, devendo o direito se valer dos fatos de modo a se modificar e se ajustar à sociedade. É partindo dessa ideia que podemos relacionar, ainda, o direito e a economia. O meio econômico também deve ser essencial para a transformação do direito, permitindo que a sua regulação e a produção de normas jurídicas se adequem às necessidades econômicas que surgirem, e vice-versa. Assim, também partindo das ideias de Teubner, vislumbra-se uma interação circular entre o direito e a economia. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 139. Teubner, em *Direito, Sistema e Policontextualidade*, reitera que a autonomia dos sistemas do direito e da economia não reflete a independência dos mesmos. A autonomia do sistema jurídico autopoiético consiste apenas na característica circular de produção do direito, e não no isolamento deste em relação aos outros sistemas, tal como a economia. TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMER, 2004. p. 137-141. A teoria dos sistemas distingue-se, assim, das teorias marxistas sobre as relações entre o direito e economia por não determinar necessariamente o direito (superestrutura) em razão da economia (infraestrutura). A relação entre a economia e o direito, na teoria dos sistemas, deve ser entendida a partir da distinção dos conceitos de independências, autonomia e autopoesis. Em síntese, os sistemas jurídico e econômico são autônomos, mas não independentes.

GUSTAVO ZAGREBELSKY expõe esse fenômeno explicando que as “sociedades pluralistas atuais, ou seja, as sociedades marcadas pela presença de uma variedade de grupos sociais portadores de interesses, ideologias e projetos diferenciados, mas na qual nenhum tem força suficiente para reivindicar exclusividade ou preponderância, nem, por consequência, para fornecer a base material da soberania estatal no sentido do passado, o que também quer dizer, as sociedades dotadas, no seu conjunto, de um certo grau de relativismo, atribuem à Constituição a função de realizar as condições que tornem possível a vida em comum, mas não aquela de realizar diretamente um projeto pré determinado de vida comum. Sobre a base de uma Constituição, plataforma de partida que oferece uma garantia de legitimidade a todos os grupos da sociedade, podem se engajar para competir para moldar concretamente o Estado em uma direção ou outra [maior ou menor estatização, acresceríamos], dentro do quadro de possibilidades ofertadas pelo compromisso constitucional”.<sup>19</sup>

Apesar das imperfeições inerentes a toda classificação,<sup>20</sup> podemos dividir a atuação do Estado em relação à economia em **atuação indireta**, geralmente coincidente com a atuação regulatória, pela qual o Estado fixa externamente normas para pautar o comportamento dos agentes econômicos privados; e **atuação direta**, na qual, por diversas razões (sociais, estratégicas, desenvolvimentistas etc.),<sup>21</sup> o Estado exerce – ele próprio – determinada atividade econômica.

No primeiro caso o Estado atua **sobre** a economia; ele não realiza operações econômicas, mas apenas tenta influenciar atividades econômicas exercidas por terceiros, seja mediante a emissão de normas jurídicas coercitivas (contratos de delegação de atividades públicas ou poder de polícia), seja por normas incentivadoras (de fomento).<sup>22</sup> Prevista no art. 174,

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le Droit en Douceur* – Il Diritto Mite. Trad. Michel Leroy. Paris: Ed. Econômica, 2000. p. 11.

20 Sousa Franco e Guilherme Martins afirmam que a classificação entre atuação direta e indireta do Estado na economia “pode ser útil, no domínio dos conceitos institucionais de política econômica; mas não tem interesse jurídico e, pela multiplicidade de critérios que se entrecruzam, torna-se confusa”, SOUSA FRANCO, António L.; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa: ensaio interpretativo*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 223.

21 A atuação direta do Estado na economia é justificada para o desenvolvimento de políticas sociais, de educação, de ciência e tecnologia, da infraestrutura e concessão de crédito a setores produtivos, muitas vezes sendo a única forma, nos países de industrialização tardia, de viabilizar o desenvolvimento. “Todos os países que conseguiram transpor a barreira do subdesenvolvimento e ingressaram no seletor clube dos países desenvolvidos, não o fizeram sem políticas especificamente voltadas para esse fim, formuladas e executadas por governos comprometidos (...), como chama a atenção um relatório internacional patrocinado pelo Banco Mundial e os governos da Austrália, Holanda, Suécia e Reino Unido.” SILVA, Josué Gomes da. Para uma Estratégia de Desenvolvimento. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (orgs.) *Sociedade e Economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2009. p. 47.

22 MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 184.

CF, esse tipo de atuação se dá quando o Estado atua concretamente “no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia”.<sup>23</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO trata da atuação indireta do Estado associando-a, não apenas com a produção de normas cogentes, mas também a “manifestações estatais de incentivo, orientação e sugestão”.<sup>24</sup>

Já na segunda espécie de atuação do Estado em relação à economia (atuação direta), ele atua **na** economia: ele próprio realiza as atividades econômicas, vendendo, comprando, prestando ou tomando serviços. Ele é o próprio agente econômico,<sup>25</sup> nos termos precipuamente dos arts. 173, 175 e 177, da nossa CF.

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO aborda a intervenção estatal no domínio econômico, explicitando a possibilidade de atuação empresária do Estado, quando este “se propõe a agir como protagonista da exploração econômica”. A atuação do Estado como empresário, porém, é, fora dos casos previstos pela Constituição, subsidiária à privada, tendo em vista o princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal.<sup>26</sup>

Adotamos a nomenclatura de “atuação do Estado na economia”, cingida à sua atuação direta, sem perdermos de vista que muitas vezes pode haver alguma fungibilidade entre a atuação direta e a indireta, como ocorre nas atuações diretas com finalidades indiretas de influenciar os agentes privados, em que o Estado se vale de técnicas de fomento ou de restrição não jurídicas *stricto sensu*, mas econômicas.

Entretanto, mesmo nessas hipóteses, o meio adotado pelo Estado não é a emissão de regras jurídicas ou promoção de incentivos, mas a realização de operações econômicas pelo próprio Estado. Nesses casos, ainda que com objetivos regulatórios ou de fomento, o Estado é o próprio agente econômico.

A importância das atividades empresariais do Estado sempre foi denotada pela doutrina e pela jurisprudência do direito administrativo econômico.<sup>27</sup>

23 MARQUES NETO, Flávio Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

24 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 532 e 539.

25 VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 387.

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Estado e a ordem econômica. **Revista de direito público**. São Paulo, v. 62, p. 34-46, p. 37, abr./jun. 1982.

27 A título exemplificativo, SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 3. tiragem. São

Com variadas nuances, a atuação direta do Estado na economia apresentou-se nos mais diversos Estados, desde os países socialistas, em que tal presença absorvia quase todas as atividades econômicas,<sup>28</sup> até os Estados Unidos, que, ao contrário do que poderia se pensar em razão do seu tradicional liberalismo econômico, possuiu, desde o início do século XX, uma forte atuação empresarial estatal, ainda mais se considerarmos o setor imobiliário do Governo federal e as empresas estaduais e dos governos locais.<sup>29</sup>

Na Europa, foram as mais diversas razões que determinaram a atuação direta do Estado na economia, desde estratégicas e sociais a econômicas, como para evitar que monopólios naturais ficassem em mãos privadas, passando por salvamento de empresas privadas em dificuldades, esforços de guerra, combate ao desemprego, interesses fiscais (como nas estatais do tabaco e do jogo), desenvolvimento de regiões que não recebiam os necessários investimentos privados, até a expropriação de empresas por pertencerem a grupos ligados a ex-inimigo bélico, geralmente de cidadãos que colaboraram com a ocupação nazista.<sup>30</sup>

Na América Latina a maior ou menor atuação do Estado na economia variou de acordo com as tendências ideológicas predominantes em cada contexto e com as necessidades desenvolvimentistas de cada momento, inversamente proporcionais à disponibilidade de capitais privados para supri-las, tendo sido também instrumentalizada para fomentar empresas privadas, por exemplo, através da venda deficitária/subsidiada de insumos metalúrgicos para a indústria privada de transformação.

Implantação de infraestruturas elétricas e de telecomunicações, salvamento de empresas privadas em dificuldades, necessidades sociais (como saneamento básico) e searas estratégicas (como petróleo e atividades nucleares) também fizeram eclodir um sem número de empresas estatais, sendo o Brasil um importante exemplo ilustrativo desse fenômeno.

---

Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

28 O regime socialista é marcado pelo controle dos meios de produção pelo Estado. CRETELLA JÚNIOR, José. **Empresa Pública**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 42.

29 O movimento de regulação estatal (atuação indireta) do mercado norte-americano começou a ter maior expressão ao final do século XIX, com a criação da *Interstate Commerce Commission (ICC)* em 1887. Porém, paralelamente à atuação regulatória do Estado americano, “tanto as autoridades federais quanto as estaduais impunham as iniciativas de rodovias com pedágios, das vias fluviais e da construção de canais, assim como do estabelecimento do primeiro e segundo Banco dos Estados Unidos”. A atuação direta do Estado americano também pode ser observada com a formação da Panama Canal Company (1903), a Alaska Railroad (1923) e a Tennessee Valley Authority (1935). Na década de 1970, houve ainda a estatização do serviço postal e de algumas rodovias. TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 12.

30 VERNON, Raymond. Introduction. In: **State-Owned Enterprise in the Western Economies**. New York: Routledge, 1981. p. 8 e segs.



A importância da atividade empresarial do Estado na história ocidental e brasileira é marcante. Basta lembrarmos que toda a expansão marítima europeia dos séculos XV e XVI foi feita por companhias mistas<sup>31</sup> estabelecidas entre os Estados absolutistas e capitais privados, para a compra e venda de matérias-primas das colônias.

No Brasil, a primeira empresa fundada em nosso solo foi uma “estatal”, o Engenho da Vila de São Vicente, fundado em 1533 por Martim Afonso de Sousa e administrada pelo Padre Gonçalo Monteiro.<sup>32</sup> Os moldes do sistema colonialista brasileiro condicionariam o desenvolvimento de suas atividades econômicas até o século XIX.<sup>33</sup>

A partir daí a atuação direta do Estado aumentou progressivamente nos séculos que seguiram.<sup>34</sup> No Estado liberal, o intuito foi criar infraestrutura e insumos necessários ao desempenho de outras atividades econômicas, como a produção siderúrgica e a exploração de ferrovias, o que, no Brasil, em face do seu desenvolvimento tardio, só veio a ocorrer no século XX, havendo até então apenas algumas poucas delegações à iniciativa privada, como as ferrovias concedidas ao Barão de Mauá.<sup>35</sup>

De 1930 a 1970, o número de empresas estatais brasileiras aumentou de 17 para 131.<sup>36</sup> Na década de 1930, observa-se uma mudança no paradigma agroexportador brasileiro, em razão da crise econômica de 1929, tornando-se necessária a implementação de padrão fundado na produção industrial de bens de consumo não duráveis.<sup>37</sup> Nesse momento, surgem

---

31 Sobre o tema e o papel das companhias na expansão marítima Europeia, ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A Companhia das Índias Ocidentais: uma sociedade anônima?*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 105, p. 4, jan./dez. 2010. A título ilustrativo, os comerciantes holandeses buscaram criar associações em companhias, as quais tinham o objetivo de controlar o comércio tanto com as Américas quanto com a África Ocidental, que culminariam, mais tarde, na fundação da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais.

32 REIS, Nestor Goulart. Os engenhos da baixada santista e os do litoral norte de São Paulo. *Revista USP*. São Paulo, n. 41, p. 62-73, mar./maio 1999.

33 FILHO, Alberto Venancio. *A intervenção do Estado no domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 21.

34 HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. 14. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995. p. 412. O autor destaca que o intervencionismo estatal foi uma decorrência da necessidade de o Estado prover à sociedade a aquisição de rendimentos, paralelamente ao desenvolvimento da economia e à realização de obras públicas.

35 CALDEIRA, Jorge. *Mauá: O Empresário do Império*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995.

36 RÜCKERT, Isabel Noëmia. Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil. *Ensaios FEE*. Porto Alegre, v. 2, n° 1, p. 75-93, p. 85, 1981.

37 A Era Vargas foi inicialmente marcada pela conjuntura crítica resultante da crise de 1929, bem como pela queda de preços do café, o que gerou a reação governamental para que a produção excedente do produto fosse diminuída, a fim de garantir o preço (JÚNIOR, Caio Prado. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980. p. 294). A consequente queda nas reservas estrangeiras e a redução da capacidade do país em importar mercadorias levaram à estimulação do desenvolvimento da indústria nacional, desde o primeiro período de Vargas (AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 114).

empresas estatais com o objetivo de dar prosseguimento ao processo de acumulação do capital privado.<sup>38</sup>

O nacionalismo, associado aos impactos das guerras para o abastecimento do mercado interno e internacional, contribuiu para a expansão das empresas estatais, sobretudo em áreas de abastecimento básico, tais como a Companhia Vale do Rio Doce, a Fábrica Nacional de Motores, a ACESITA, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.<sup>39</sup> Ainda na década de 1950, a criação da Petrobras e o investimento no setor energético são representativos do crescimento das estatais em setores ditos estratégicos e nos quais os recursos privados eram insuficientes. O aumento do número de empresas estatais se deu principalmente para fornecer bens e serviços necessários ao projeto industrial da época.

Em 1951 essa tendência se cristalizou no Plano Nacional de Reaparelhamento Econômico (Plano Lafer), que tem como seus objetivos principais o desenvolvimento da indústria de base e o desenvolvimento da estrutura viária e de transportes.<sup>40</sup>

Em todo o mundo, durante as duas grandes guerras, o Estado também se viu compelido a entrar diretamente no esforço de guerra, produzindo bens necessários às campanhas.<sup>41</sup>

No pós-guerra, em tendência já verificada desde o início do século XX, com o advento do sufrágio universal,<sup>42</sup> as atividades empresariais do Estado se multiplicaram igualmente por razões sociais, atendendo a parcelas da população que não seriam adequadamente satisfeitas pelos serviços ofertados em livre mercado.<sup>43</sup> Estiveram igualmente presentes razões

---

38 ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro, 19(4), p. 95-97, out./dez. 1979.

39 RÜCKERT, Isabel Noêmia. Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil. *Ensaio FEE*. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 75-93, p. 79, 1981.

40 HAFFNER, Jaqueline Angelica Hernandez. *A CEPAL e a industrialização brasileira (1950-1961)*. 1. ed. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 2002. p. 54.

41 É no início do século XX que surgem as chamadas “economias de guerra”, mobilizando as atividades econômicas do Estado para uma finalidade bélica. FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do Estado no domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 10-11.

42 Em lições clássicas, MASSIMO SEVERO GIANNINI explica que “o Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado sobre o princípio de atribuições de direitos eleitorais a apenas uma classe, à burguesia, é em sua substância estrutural um Estado oligárquico, no sentido de que atribui o poder a apenas uma classe política. (...) Ora, é indiscutível que a luta pelo sufrágio universal caracterizou em toda a parte o último período dos estados burgueses, para terminar, indistintamente, com a introdução do sufrágio universal, e, da mesma forma, com o conseqüente alargamento da base eleitoral – todos os cidadãos são eleitores –, e a conseqüente introdução do princípio pelo qual todas as classes sociais tornaram-se classe política. Nasce o Estado pluriclasse, como tipo de Estado novo, integrado por quase todos os países importantes da terra”. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Milão: Ed. Il Mulino, 1995. p. 31-32.

43 Segundo Modesto Carvalhosa, neste período o Estado passa a se utilizar de técnicas de direito público e de direito

ideológicas, pois parte do pensamento de esquerda via a estatização de empresas como uma etapa do seu desejado processo de socialização,<sup>44</sup> centrando-se na prestação de serviços públicos econômicos e em atividades consideradas estratégicas, como energia elétrica, telecomunicações, aviação e indústria de base.<sup>45</sup>

No Brasil, porém, a grande expansão das empresas estatais ainda estava por vir. Ao final da década de 1960 e ao longo da década de 1970 houve, além de um crescimento expressivo, uma diversificação por meio de subsidiárias, surgindo *holdings* empresariais públicas setoriais, que aumentaram o leque das atividades das estatais: no setor de energia, a Eletrobras; a Telebras, nas telecomunicações; na siderurgia, a SIDEBRAS; no petróleo, a Petrobras; e na mineração, a Vale do Rio Doce.<sup>46</sup> Mesmo estatais já existentes, mas de maneira atomizada, foram se transformando em *holdings* públicas, controlando uma série de outras empresas.

Apesar de ao longo das épocas e dos países haver algumas razões comumente invocadas para justificar a atividade empresarial do Estado, como as estratégicas e as de falta de interesse da iniciativa privada, não existe um critério único para identificá-las, tendo em grande parte se dado por razões políticas casuísticas e pragmáticas. “Muitos fatores explicam a escolha de nacionalização de empresas privadas ou o estabelecimento de empresas estatais ou empresas gerenciadas pelos Estados”. Algumas vezes **“os motivos para essa escolha são múltiplos, e algumas vezes esses motivos não são claramente definidos ou são até mesmo contraditórios”**.<sup>47</sup> Não obstante a indeterminação, TONINELLI indica três razões que historicamente

---

privado para modificar as relações de mercado – o estabelecimento de empresas públicas e sociedades de economia mista seria um exemplo dessa tendência. CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 145.

44 A atuação direta do Estado na economia, por meio das empresas estatais, foi fundamental nas economias comunistas e para as democracias sociais do ocidente. “Os programas de estatização eram baseados na crença de que o aumento das propriedades públicas poderia abrir o caminho para uma mudança fundamental na distribuição de poder na sociedade, gerando, assim, um novo equilíbrio socioeconômico baseado na diminuição de poder do capital privado e o crescimento do poder do trabalho”. TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 5-6.

45 Em muitos países ocidentais, a era das grandes estatizações aconteceu nas três décadas subsequentes à grande depressão; todavia, no pós-Primeira Guerra Mundial, já se pode observar expressiva intervenção direta do Estado na economia tanto em atividades já existentes como na criação de novas empresas. O maior investimento dos Estados ocorreu nas áreas de comunicação (correu, telégrafo, telefone), petróleo e transporte aéreo. Para mais detalhes sobre essas empresas estatais cf. TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 14-17.

46 BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal As modificações do papel do Estado na economia brasileira. **Pesquisa e Planejamento Econômico**. Rio de Janeiro, IPEA, 3(4):883-972, p. 896-897, dez. 1976.

47 TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 5 – grifamos.

justificaram as empresas estatais: razões políticas ou ideológicas, razões de desenvolvimento social (criação de empregos e desenvolvimento da indústria) e razões de ordem econômica (correção de falhas de mercado).<sup>48</sup>

Contra a estatização comumente é invocada a ineficiência das empresas estatais em relação às suas congêneres privadas, ponto no qual devemos, todavia, evitar maniqueísmos.<sup>49</sup> Apesar dos muitos casos de ineficiência estatal, há exemplos de empresas estatais com resultados positivos, como também há empresas privadas ineficientes.<sup>50</sup> “De outro ângulo, é de se reconhecer que o próprio conceito de eficiência pode gerar controvérsias sobre o sucesso ou fiasco de uma atuação empresarial pública. Pode-se entender que, a despeito de certos prejuízos, há resultados satisfatórios. Veja-se, *e.g.*, o movimento de industrialização no Brasil nos anos 1950, que, dificilmente, teria partido da iniciativa privada, e cujo sucesso deve ser colocado muito além de uma avaliação de eficiência econômica pontual da empresa detida pelo ente público.”<sup>51</sup>

A partir da década de 1980 começou a haver um refluxo daquela tendência estatizadora, devido a um crescente déficit público, à derrota do bloco socialista na Guerra Fria, à liberalização de mercados e à globalização.<sup>52</sup> Em todo o Ocidente e no Leste Europeu foram criados programas de desestatização, nos quais foi alienada para a iniciativa privada grande parte das empresas estatais até então existentes, focando-se então o Estado na sua

---

48 Idem..

49 STIGLITZ, Joseph et al. **The economic role of the state**, (ed. Arnold Heertje), Oxford e Cambridge: Basil Blackwell, 1989, p. 20.

50 “No entanto, o fracasso de uma empresa privada conduzirá à falência, que, por sua vez, estancará o processo de perdas. A empresa detida pelo Estado, no entanto, não se sujeita a essa barreira (cfr. art. 2º, I, da Lei 11.101/2005), correndo-se o risco de que as perdas sejam perduradas no tempo, com prejuízos para o erário e para o desenvolvimento de outras políticas públicas. (...) deve-se reconhecer, com Stiglitz, que apesar de a ineficiência não ser uma realidade presente apenas no setor público, e deixando de lado as dificuldades sobre o próprio conceito de sucesso, as perdas tendem a ser maiores no caso das empresas controladas pelo Poder Público diante dos limites a que as mesmas se sujeitam, e dos incentivos a que seus agentes se submetem. (...) Ainda que se reconheça que possa haver gestão estatal exitosa, ou que a empreitada tem sua razão de ser em função de outros interesses públicos – *e.g.*, justamente, reverter um cenário de crise econômica – deve-se admitir que as empresas detidas pelo Estado são permeadas de fortes incentivos a que se proliferem perdas” (CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 63/4).

51 CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 62.

52 Fernando Aguillar dedica um capítulo de sua obra à relação entre direito econômico e globalização, ressaltando que “[a] globalização é um dos frutos da liberalização dos mercados nacionais, de sua abertura ao comércio e aos investimentos internacionais por meio da flexibilização de suas barreiras alfandegárias.” O autor ainda ressalta a liberalização é uma “exigência do capitalismo internacional contemporâneo” e que essa nova conjuntura interfere, até mesmo, nos controles tradicionais exercidos pelo Estado sobre a sua economia. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 57-58.

atuação indireta, regulatória, sobre a economia, sobretudo no que toca às atividades delegadas ou transferidas à iniciativa privada.<sup>53</sup>

Foi o advento do chamado “Estado Regulador”, em contraposição ao “Estado Empresário” anterior, que fez com que a doutrina administrativista, da qual não constituímos exceção, se focasse, nos anos que seguiram, na análise dos institutos jurídicos típicos da regulação, como as agências reguladoras, as concessões de serviços públicos etc.,<sup>54</sup> ficando em segundo plano a produção bibliográfica sobre institutos mais clássicos do Direito Administrativo, como atos administrativos e servidores públicos, e outros relativamente menos antigos, como os instrumentos da atuação direta do Estado na economia.

Em relação às empresas estatais, o grosso da produção administrativista se deu nas décadas de 1950 a 1970,<sup>55</sup> momento, como vimos, de sua maior expansão, e apenas bem recentemente estão sendo retomadas reflexões relevantes sobre o tema.<sup>56</sup>

Na verdade, as visões do Estado apenas como “Estado empresário” ou apenas como “Estado regulador” seriam equivocadas: quando da expansão

---

53 VASCONCELOS, Jorge. O Estado Regulador. In: **A Regulação em Portugal**. Lisboa: Entidade Reguladora do Setor Elétrico, 2000. p. 176. O Programa Nacional de Desestatização foi promovido, por meio do Governo Federal, como instrumento de política pública pautado na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, a qual foi sucedida pela Lei nº 9.491, de 10 de setembro de 1997. Conforme Egon Bockmann Moreira, a legislação do PND brasileiro abrange “tanto o tipo de empreendimentos que podem ser desestatizados como as respectivas formas operacionais e a competência da comissão diretora do programa, autorizando-a a definir administrativamente quais empresas estatais serão alienadas à iniciativa privada”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. A inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995. Curitiba: Edição do autor, 2010. p. 19.

54 *Verbi gratia*, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

55 V.g., PINTO, Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 32, 1954; PINTO, Bilac. Justificação ao Projeto 3.945-53, que transforma o Banco do Brasil em empresa pública. **Revista Forense**, nº 151, p. 550-558, jan./fev. 1954; PINTO, Roger. A empresa pública autônoma de caráter econômico, industrial ou comercial em direito comparado. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, v. 2 (2), p. 240-262, jul./dez. 1959; LAMY FILHO, Alfredo. A Empresa pública e de Economia Mista. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, v. 7 (2), p. 5-72, maio/ago. 1964; VALADÃO, Haroldo. Atividades industriais e comerciais do Poder Público na forma do Direito Privado. **Revista dos Tribunais**, 252, p. 51-62, out. 1956; CRETELLA JUNIOR, José. **Empresa Pública**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1973; TACITO, Caio. Controle das Empresas do Estado (Públicas e Mistas). **Revista de Direito Administrativo**, 111, p. 1-9, jan./mar. 1973; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

56 GUEDES, Filipe Machado. As empresas estatais e o direito societário. **REDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Rio de Janeiro. 1. 3, nov.-dez. 2013; FILHO, Marçal Justen. As empresas privadas com participação estatal minoritária. **REDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, v. 2, set./out. 2013; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestatais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. **RDA**. Rio de Janeiro, 262, p. 263-296, jan./abr. 2013; SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais: a Participação Privada nas Empresas Estatais. In: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 264-285; PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal**. Função econômica e dilemas societários. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

das atividades empresárias do Estado ele também exercia numerosas e relevantes competências regulatórias, como, mesmo durante a desestatização e criação das agências reguladoras, o Estado continuou a ter grandes empresas estatais, inclusive em setores bastante importantes como correios, petróleo e energia elétrica.

Nesse ponto, faz-se referência a DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem a atuação do Estado como agente econômico empresarial, no pós-desestatização, continuou existindo, dando-se por meio de uma intervenção tendencialmente concorrencial no domínio econômico.<sup>57</sup>

Com a crise econômica de 2008, também chamada de crise do *subprime*, em parte causada por uma excessiva liberalização de mercados financeiros,<sup>58</sup> houve um certo retorno do pêndulo da atuação econômica do Estado na economia,<sup>59</sup> com o investimento e o apoio estatal se tornando essenciais para evitar uma catástrofe econômica ainda maior.<sup>60</sup> A doutrina europeia destaca que “o consenso (formado na década de 1980 quanto às políticas de privatização) não está mais claro, como consequência da desilusão com alguns dos resultados da privatização da infraestrutura e de setores industriais relaciona-

---

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 527.

58 Como já de conhecimento geral, gargalos no setor dos créditos de risco de hipoteca (*subprime mortgage*) e a falência do tradicional Banco Lehman Brothers levaram o pânico ao sistema financeiro mundial com quebras ou possíveis quebras de uma série de outras instituições ao longo do globo, reação em cadeia essa que só não foi bem maior em virtude da atuação do Estado. Os EUA editaram o “Emergency Economic Stabilization Act of 2008” (EESA), autorizando que o Governo gastasse até 700 bilhões de dólares com esse objetivo, passando com isso a ser sócio relevante ou até mesmo controlador de diversas empresas, tais como a General Motors (GM) e o Citigroup. O Reino Unido implantou o Strategic Investment Fund com similares objetivos. KAHAN, Marcel; ROCK, Edward B. When the Government is the Controlling Shareholder. **Texas Law Review**, v. 89:1293, p. 1308-1309, 2011. Para maior aprofundamento, GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). **European Business Law Review**, v. 21, n° 4, 2010; e STIGLITZ, Joseph. Freefall: **America, Free Markets and the Sinking of the World Economy**. New York: W.W. Norton & Company, January, 2010.

59 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, n° 3, jul./set. 1989. No Direito Público Econômico, de maneira mais restrita, Caio Tácito também identifica o mesmo movimento periódico de alternância, uma “dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição”. TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista Forense**, ano 92, 334, p. 18, abr./jun.1996.

60 “Governo britânico nacionaliza parcialmente os bancos para conter crise”. Notícia disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/10/08/ult1767u130540.jhtm>. Acesso em 25.11.2008. No Brasil, a Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008, previu instrumento semelhante: “Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no art. 10, inciso X, daquela Lei. (grifos nossos). § 1º Para a aquisição prevista no *caput*, o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal poderão contratar empresas avaliadoras especializadas, mediante procedimento de consulta simplificada de preços, na forma do regulamento, observada sempre a compatibilidade de preços com o mercado. (...) Art. 3º A realização dos negócios jurídicos mencionados nos arts. 1º e 2º poderá ocorrer por meio de incorporação societária, incorporação de ações, aquisição e alienação de controle acionário, bem como qualquer outra forma de aquisição de ações ou participações societárias previstas em lei”.

dos e, principalmente, das recentes e fortes falhas do mercado seguidas por uma série de resgates estatais durante a recessão de 2008-2010”.<sup>61</sup>

Alguns pensadores, sobretudo após a crise de 2008, vêm sustentando estarmos, apesar das variações de país a país,<sup>62</sup> em um momento de retorno do pêndulo da relação Estado/Direto-Economia/Mercado, com o aumento da participação do Estado na economia como agente do mercado, tudo, no entanto, em uma nova conjuntura.

IAN BREMMER, por exemplo, trazendo dados sobre a grande presença do Estado na economia nas últimas décadas, presença esta que teria sido apenas mitigada durante os processos de privatização das décadas de 1980/1990,<sup>63</sup> se refere ao atual momento como de advento de um “Capitalismo de Estado”,<sup>64</sup> enumerando as seguintes fases até o momento de aparente ápice: 1º) o poder econômico e geopolítico adquirido pelos Estados produtores de hidrocarbonetos, a partir da crise do petróleo de 1973;<sup>65</sup> 2º) a ascensão de governos com uma visão estadocêntrica da sociedade; 3º) a adoção do capitalismo pelos países do leste europeu, que mantiveram grande poder direto (através de estatais) ou indireto (através de mecanismos societários ou de subsídios) sobre a economia, mas agora com forte influência sobre o capitalismo globalizado, o qual passaram a integrar; 4º) com a crise de 2008/2009, o aumento da regulação e fomento estatais, com apoio aos chamados “campeões nacionais” (grandes empresas nacionais, geralmente exportadoras),<sup>66</sup> e até mesmo a estatização de companhias através da assunção pelo Estado do controle de empresas que estavam em vias de quebrar (ex., algumas instituições financeiras e a General Motors nos EUA<sup>67</sup>).

---

61 AMATORI, Franco; MILLWARD, Robert; TONINELLI, Pier Angelo. **Reappraising State-owned Enterprise**. New York – London: Routledge, 2011, p. 03.

62 BLACK, Julia. Learning from Regulatory Disasters (November 6, 2014). **LSE – Legal Studies Working Paper N. 24/2014**, p. 8.

63 No Brasil, por exemplo, o Estado detém 40% do mercado bancário, da produção de petróleo e de 70% da geração de energia. LEITÃO, Miriam; ZANELLI, Leonardo. Capitalismo estatal. **O Globo** (2009) – Link: <http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/05/03/capitalismo-estatal-182005.asp>, último acesso: 09/01/2015.

64 BREMMER, Ian. State Capitalism Comes of Age. The End of the Free Market?. **Foreign Affairs**, v. 88, n° 3, maio/jun. 2009.

65 As empresas estatais controlam mais de três quartos das reservas de petróleo conhecidas no planeta. New masters of the universe. Revista “The Economist”. Publicado na edição de 21-27 de jan. 2012, Special Report, p. 6.

66 RIGOLON, Francisco José Zagari. **A retomada do crescimento e o papel do BNDES**. BNDES, maio 1996; GONÇALVES, Mariana Jesus Lourenço. Os efeitos do financiamento do BNDES sobre o lucro e o crescimento das empresas. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2013.

67 Sobre as empresas controladas pelo Estado nos EUA após a crise de 2008, ver KAHAN, Marcel; ROCK, Edward B. When the Government is the Controlling Shareholder. **Texas Law Review**, v. 89:1293.

Grande parte desse apoio tem se dado através da participação acionária do Estado em empresas privadas, mas ficando com parte minoritária do capital, às vezes acompanhada de *golden shares* (e.g., o apoio dado pelo Governo francês à indústria de automóveis, mas obtendo em troca inclusive *golden share* para evitar que ela transfira suas fábricas para outros países).<sup>68</sup>

Segundo DANI RODRIK, os governos, as empresas estatais e a atuação direta do Estado na economia têm papel importante a desempenhar, estimulando o desenvolvimento econômico e possibilitando que os mercados funcionem bem.<sup>69</sup> As visões econômicas, a respeito da atuação do Estado na economia, são muito polarizadas.

O termo adotado por IAN BREMMER, como visto acima e em voga em vários círculos,<sup>70</sup> “capitalismo de Estado”<sup>71</sup>, é um pouco exagerado, pelo menos nos países ocidentais, que apenas aumentaram a sua atuação na economia. O que vemos é mais um momento do eterno movimento pendular do Estado em relação à economia, lembrando que, tanto em momentos liberalizantes como em opostos, **o pêndulo volta para o lado anterior, mas em uma posição diferente**. O processo de expansão e contração da atuação estatal na economia acontece de maneira pendular ou cíclica, e **a cada novo ciclo, a forma de atuação do Estado se modifica**.

Isso acontece porque o crescimento econômico não é necessariamente equilibrado e o aumento da presença do Estado pode gerar disfuncionalidades e retração do desenvolvimento econômico. No momento em que o excesso de intervenção estatal começa a gerar consequências demasiadamente nocivas ao crescimento econômico, há uma tendência

---

68 Sob a mesma perspectiva, em obra cuja parte final do seu título é por si só eloquente, PISANESCHI, Andrea, **Dallo Stato Imprenditore allo Stato Regolatore e Ritorno?**, Ed. Giappichelli, Torino, 2009. O autor, às páginas 161 e seguintes faz interessante observação como o aumento da atuação do Estado na economia para ajudar empresas em crise deve ser mais parcimoniosa para empresas que não sejam de caráter financeiro, já que em relação a elas acabam inevitavelmente havendo critérios discriminatórios em relação a outras empresas também em dificuldade. Já em relação à ajuda do Estado a instituições financeiras o autor é mais complacente, pois o Estado tem o papel de garantidor de “última instância” da moeda.

69 RODRIK, Dani. **One Economics Many Recipes: Globalization, Institutions and Economic Growth**. New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 99-101.

70 SZAMOSSZEGI, Andrew; KYLE, Cole. **An Analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China**. Washington DC: US-China Economic and Security Review Commission.

71 Lazzarinni indica que o termo capitalismo de Estado é relacionado às novas formas de governança, em que o Estado atua conjuntamente com os investidores privados. Ele define mais precisamente o conceito como “ampla influência do governo na economia, seja por possuir participação majoritária ou minoritária em empresas, seja por fornecer crédito subvencionado ou outros privilégios para empresas privadas”. Ainda, segundo o autor, nessa nova forma de capitalismo de Estado os governos não mais gerenciam ou possuem as empresas como extensão da burocracia pública. MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. **Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business Brazil and Beyond**. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 2.



de reversão do pêndulo, ou seja, de contração da atuação direta do Estado na economia.<sup>72</sup>

BRESSER PEREIRA sintetiza: “(...) a intervenção estatal expande-se e contrai-se ciclicamente, e que **a cada novo ciclo o modo de intervenção muda**”.<sup>73</sup>

Por exemplo, o momento liberalizante da desestatização da década de 1980/1990 foi completamente distinto do liberalismo do século XVIII, no qual sequer havia necessidades sociais a serem supridas, considerando não haver nesta época sufrágio universal. Igualmente, **a atuação direta do Estado na economia hoje também se dá de forma bem distinta da que era verificada no Estado intervencionista do pós-guerra (*welfare state*). A atuação direta do Estado na economia contemporânea ocorre em um contexto globalizado e com exigências de eficiência anteriormente inexistentes ou não tão intensas.**

EGON BOCKMANN MOREIRA pronuncia que a ideia de um único pêndulo e seu movimento oscilatório deve ser superada. A realidade do Direito Público Econômico, na verdade, comportaria uma multiplicidade de pêndulos simultâneos, a depender do setor da economia que se toma como referencial, que “tendem a nunca parar”.<sup>74</sup>

Se sempre existiu atuação direta empresarial do Estado na economia, essa atuação hoje se dá, como é da substância da história, em um novo contexto, que exige novas estratégias e novos instrumentos de ação empresarial estatal. Não é concebível hoje, por exemplo, uma grande estatal sem perspectiva de atuação internacional e de parcerias com agentes particulares, valendo-se de mecanismos privados para aumentar a sua eficiência, como a abertura do seu capital em níveis que lhe demandam requisitos de governança mais rígidos.<sup>75</sup>

72 No período de expansão, há um crescente papel do Estado na coordenação da atuação dos agentes econômicos, nas decisões alocativas de recursos e na distribuição de renda. Contudo, depois de um tempo, a economia começa a ficar disfuncional. A atuação do Poder Público passa a ser um entrave ao invés de um estímulo e se verificam sucessivos e significativos déficits públicos. Nesse momento, é hora de o Estado contrair-se, buscando a desregulação e a privatização, tendo por fim a obtenção de um equilíbrio na relação entre mercado e intervenção estatal. Tal equilíbrio “irá necessariamente variar no curso da história e de acordo com o caráter cíclico e em permanente transformação da intervenção do Estado na economia” PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, n° 3, jul./set. 1989.

73 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, n° 3, p. 7, jul./set. 1989 – grifamos.

74 MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 11, n° 44, p. 110, out./dez. 2013.

75 A articulação do capital privado nas empresas estatais varia segundo o modelo de participação do governo. Novas formas de interação de capital privado e público são implementadas para o aumento da eficiência das empresas. Nos exemplos de participação estatal majoritária, como o caso do Agricultural Bank of China, o Estado é ainda o maior acionista, mas a empresa é regida por regras que viabilizam a participação de investidores privados. O governo também pode lançar

Independentemente do movimento pendular pós-crise de 2008, o próprio processo de desestatização foi acompanhado de choques de gestão no aparelho estatal, inclusive nas estatais; o próprio rumo da história, desde a década de 1990, faria com que as empresas do Estado evoluíssem no sentido de uma maior eficiência e lógica de mercado.

Hoje, aliás, já estamos em pleno momento de um novo movimento do pêndulo da relação do Estado com a economia, com déficits fiscais que estão levando o Estado a alienar participações em empresas ou a, pelo menos, não adquiri-las mais. A tudo isso se acresce o desgaste ou derrota eleitoral de governos latino-americanos de viés mais intervencionista, bem como o esgotamento das medidas intervencionistas tomadas em países do capitalismo mais avançado durante a crise de 2008, mas que agora já cumpriram sua função, tendo o Estado retornado para o mercado uma série de participações então adquiridas.

Até pela hiperaceleração do tempo inerente à pós-modernidade, também chamada de compressão espaço-temporal, é possível que o movimento pendular da relação do Estado com a economia, que antes variava por um espaço de duas ou mais décadas, esteja variando por lapsos temporais mais curtos, ou que, talvez, esteja havendo até mesmo a fusão desses diferentes movimentos, que deixariam de ser sucessivos, ainda que por espaços de tempo menores, para passarem a ser paradoxalmente concomitantes.<sup>76</sup>

De toda sorte, independentemente de em determinado momento termos mais ou menos atuação direta do Estado na economia, o fato é que a globalização e as dela derivadas desestatização e liberalização dos mercados colocaram as estatais em um novo contexto extremamente modificado, passando a conviver em um mercado com concorrentes, inclusive internacionais, concorrentes estes que muitas vezes também se tornam parceiros para facilitar a sua expansão e mitigar a assunção de riscos.

Essas circunstâncias, independentemente de movimentos pendulares episódicos, prevalecerão pelo menos no médio prazo, uma vez que pelo

---

as empresas estatais na bolsa de valores de modo a continuar com o controle e atrair investidores privados minoritários. Nos modelos de participação minoritária do Estado, há maior renúncia do controle estatal em suas empresas, embora haja ampla previsão de empréstimos realizados por bancos de desenvolvimento ou instituições financeiras públicas às empresas privadas. A respeito, MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. **Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business Brazil and Beyond**. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 2, 8,9.

<sup>76</sup> Não é o caso de nessa oportunidade nos aprofundarmos nas discussões sobre a pós-modernidade. Mas para os autores que a defendem está havendo uma fusão entre passado, presente e futuro, que se unem e formam um presente contínuo, com o futuro nele permanentemente se introduzindo. Hoje todo o sistema econômico acaba “introduzindo o tempo futuro no tempo presente de maneiras estarrecedoras”. HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154.

menos por enquanto não há no horizonte histórico sinal de um possível retrocesso substancial na globalização dos mercados.

Todos esses fatores, associados ao mencionado relativo vácuo bibliográfico das últimas décadas, agravado pela recente edição do Estatuto das Estatais – Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 –, demonstram a necessidade de a atuação direta do Estado na economia e das estatais ser objeto de novas abordagens, devendo todas as regras a elas pertinentes, das mais vetustas às do Estatuto, ser interpretadas e aplicadas evolutivamente.<sup>77</sup>

A realidade econômica e a prática institucional brasileira fizeram com que novas estratégias de atuação das empresas estatais se impusessem empiricamente, sem maiores reflexões doutrinárias prévias. Nesse contexto, enquanto se pode simplesmente considerá-las, pelos padrões tradicionais do direito administrativo, ilegítimas, poder-se-ia também admiti-las acriticamente por um imperativo prático. Em ambas as alternativas algumas dessas novas estratégias ficariam em estado de semianomia, em um limbo jurídico<sup>78</sup>

O Estatuto das Estatais de 2016, tratando exaustivamente de temas fulcrais – como o próprio conceito destas, sua governança corporativa, requisitos da inserção de preocupações de interesse público em suas atividades, suas licitações e contratos –, demanda um esforço de atualização considerável. E isso não se deve tanto ao fato de o Estatuto ser um novo diploma legislativo, com quase cem artigos, ou de a legislação anterior datar de décadas atrás. Esses são fatores relevantes, mas o mais forte deles

---

<sup>77</sup> A interpretação evolutiva consiste na atribuição de novos conteúdos à norma legal, sem que o seu texto seja modificado. A necessidade de atribuição de novos sentidos às normas deriva da transformação dos fatos sociais, insuscetíveis de previsão pelo Poder Legislativo (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282-283). Na doutrina nacional, o tema de interpretação evolutiva é mesmo abordado principalmente no âmbito do direito constitucional, em razão do caráter rígido da Constituição Federal. Na hermenêutica constitucional, o método de interpretação evolutiva pode possibilitar a mutação constitucional, que “consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem a observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2013, p. 148-149. A respeito do tema, ver também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Para mais detalhes sobre interpretação evolutiva e mutação constitucional, o clássico JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-35.

<sup>78</sup> Não desconhecemos, naturalmente, o papel que os princípios podem e devem ter em temas novos para lhes dar alguma disciplina, mas, sobretudo em temas tão concretos, como a participação minoritária de estatais, o exercício das suas atividades fora do território do ente federativo que as instituiu etc. há de se ter bastante cautela. Sobre problemas relacionados ao uso frequente e desparametrizado de princípios, sobretudo no âmbito do direito administrativo, SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2012., p. 205-229.

é que o Estatuto das Estatais contém normas materialmente mais modernas, algumas delas exigindo mesmo uma mudança cultural em relação às estatais.<sup>79</sup> ❖

---

<sup>79</sup> A atividade de delimitação do sentido de dispositivos legais e construção de conceitos e teorias voltados à orientação dessa tarefa é crucial para a adequada disciplina dos fenômenos jurídicos, cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 249. A atividade hermenêutica desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento do direito ao longo do tempo, mesmo sem a alteração de regras legais ou constitucionais, já que almeja adequar o sentido da legislação à realidade na qual deve ser aplicada, especialmente se se considera que “[t]oda a interpretação da lei está, até certo ponto, condicionada pela época.” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

# Contrato de Prestação de Serviços Médicos

**Gracia Cristina Moreira do Rosário**  
*Juíza de Direito do TJERJ*

A responsabilidade civil do profissional médico, no exercício da Medicina, inscrito no Conselho competente, tem como requisito o ato médico, praticado com violação a um dever médico, oriundo da lei, dos usos e costumes ou do contrato, presente a culpabilidade, causadora de uma lesão, material ou moral.

Além dessa responsabilização por ato próprio, o médico pode responder por ato de outro (equipe médica sob sua direção), ou por fato das coisas que usa a seu serviço (equipamento defeituoso na realização de uma cirurgia).

## 1- RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A Constituição de 1988, artigo 196, regulamenta que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O Código Civil, arts. 186 e 187, dispõe sobre os atos ilícitos, cuja previsão no Código de 1916 consistia na norma do art. 159, ausente regulamentação no que tange ao dano moral.

Cabe dizer que se obriga a reparar o dano, ainda que exclusivamente moral, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem (art. 186). O abuso de direito encontra-se regido pelo art. 187.

O art. 927, primeiro dispositivo do Título da Responsabilidade Civil, aduz que quem causar ilícito a outrem será obrigado a repará-lo. O parágrafo único dispõe sobre a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, havendo previsão legal, ou ainda, pelo risco de atividade perigosa.

Os arts. 949, 950 e 951 tratam da responsabilidade médica. Ressaltando que o art. 951 traz à baila as modalidades de culpa: negligência, imprudência e imperícia.

Dessa forma, o médico que no seu labor causar lesão ao paciente, por culpa, ficará obrigado ao seguinte.

a) no caso de lesão ou outra ofensa à saúde: deverá indenizar o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido provar haver sofrido;

b) no caso de interromper o exercício do ofício ou da profissão, ou ainda, de diminuir a capacidade laborativa: deverá indenizar, além de pagar as despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

c) no caso de morte do paciente: pagamento das despesas com o tratamento do paciente, seu funeral e o luto da família; prestação de alimentos às pessoas a quem o morto e os devia, levando-se em consideração a duração provável da vida da vítima.

O paciente prejudicado, se desejar, poderá compelir o médico a pagar a indenização, que será arbitrada, de uma única vez.

O art. 14, §4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aduz que a responsabilidade será apurada mediante a verificação da culpa, pressupondo um atuar negligente, imprudente ou imperito.

O Código de Ética Médica - Resolução 1.246 de 1988 - dispõe que o médico deve atuar, sempre, em benefício do paciente e jamais gerar-lhe sofrimento físico ou moral e atos contra a sua dignidade (arts. 1º ao 6º).

A doutrina distingue a responsabilidade por violação de obrigação oriunda de negócio jurídico, cujo não cumprimento estabeleceria o fato ilícito causador do dano, caracterizando uma relação contratual entre médico e paciente, e a responsabilidade delitual ou extracontratual, que advém de um ato ilícito, violador do dever de diligência e prudência, que rompe as normas de convivência social, causando dano ao paciente.

A primeira encontra fundamento no art. 951 do Código Civil que se refere à atuação profissional do médico, e a segunda, no art. 186 do Código Civil.

Apesar das regras que cominam em consequências diversas, a doutrina moderna tende à coesão do sistema. Todavia, a responsabilidade médica não segue um sistema único. Podendo ser contratual, oriunda de um contrato realizado livremente entre paciente e médico, ou extracontratual, em situações residuais e excepcionais.

## 1.1.Responsabilidade extracontratual

A responsabilidade extracontratual surge quando, ausente pacto firmado entre médico e paciente, determinadas circunstâncias do cotidiano realizam o encontro entre médico e doente, cabendo ao profissional o dever de prestar assistência, como no caso de um ferido em plena via pública, ou em situações emergenciais de intervenção em favor de um doente mental, e ainda, o médico que trabalha em hospital público como servidor. Nessas situações não há contrato entre o médico e o paciente.

Os casos de urgência e emergência inserem-se na responsabilidade extracontratual, tendo em vista a necessidade imediata de cuidados médicos para salvaguardar a vida do doente.

As definições de urgência e emergência não se confundem. A Lei nº 9.656 de 1998, em seu art. 35, letra c, e a Resolução nº 1.451 de 1995 – exarada pelo Conselho Federal de Medicina – em seu art. 1º, parágrafo 1º, tipificam as distinções.

O art. 35, letra c, da Lei nº 9.656/98 define as situações de urgência e emergência nos contratos de planos privados de assistência à saúde da seguinte maneira:

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

III - de planejamento familiar. (Incluído pela Lei nº 11.935, de 2009)”

De outro lado, a Resolução do CFM nº 1.451/95, art. 1º, parágrafos 1º e 2º, definem urgência e emergência:

“Parágrafo primeiro - Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

Parágrafo segundo - Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato.”<sup>1</sup>

Em França, o art. 4º do Decreto nº 74-27 de 14.01.1974, relativo às regras de funcionamento dos centros hospitalares e dos hospitais locais, regula as providências para admissão do doente em caso de urgência:

“Se o estado de um doente ou de um ferido exige cuidados urgentes, o diretor geral (ou o diretor) deve providenciar a admissão, mesmo na ausência de todas as peças do registro civil e de toda informação sobre as condições nas quais os gastos de hospitalização serão reembolsados ao estabelecimento; mas geralmente, ele toma todas as medidas para que os cuidados urgentes sejam assegurados.”

O termo “eletivo” é utilizado na seara da Medicina em contraposição às expressões “de urgência” e “de emergência”, ou seja, trata-se de procedimento passível de planejamento para os dias seguintes ou até mesmo para os meses subsequentes. Os tratamentos e as cirurgias eletivas devem ocorrer no prazo entabulado entre médico e paciente, sob pena de se convolverem em situações emergenciais, podendo gerar risco de morte.

O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, consagrou como direito fundamental o acesso à Justiça, acrescentando a expressão “ameaça de direito”, para alcançar as tutelas de urgência, previstas atualmente no art. 300 do Novo Código de Processo Civil.

O direito à saúde não é apenas um direito básico tutelado pela Constituição, mas também por diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, pois a saúde é fundamental ao direito de viver dignamente.

A Ciência do Direito interfere na Ciência Médica para impor conduta profissional - como o dever de empenho - para limitar a liberdade

---

1 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.451 de 10 de março de 1995. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451\\_1995.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm)>. Acesso em: 28 mar 2017.



de contratar, para impor o dever de respeitar a vontade do paciente ou desrespeitá-la, nos casos de urgência ou emergência, em caso de perigo de vida, ou seja, a ingerência é notória tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual.

Na responsabilidade extracontratual a comprovação da culpa do agente causador do dano é ônus do autor; por nesta senda, como já explicitado, o médico atuar em situações excepcionais, cumprindo o dever profissional exigido pelo ordenamento jurídico. Diferentemente da responsabilidade contratual, em que não há se falar em culpa provada, pois se trata de culpa presumida.

Assim, a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual reside na carga da prova atribuída às partes. Na responsabilidade contratual, cabe ao lesado provar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade, atribuindo ao réu o encargo de demonstrar que não deu causa à lesão ocorrida. Na responsabilidade extracontratual, o autor da demanda deve provar a ocorrência de uma ou mais modalidades da culpa - negligência ou imperícia - do médico, causador da lesão, além do dano e do nexo causal, isentando-se o profissional de indenizar o autor, caso não haja a configuração do ônus probatório. Na realidade, essa diferença só terá significado jurídico quando do pronunciamento de outra distinção relativa à responsabilidade médica, qual seja: obrigação de meios e obrigação de resultado.

## **1.2 Obrigação de meios e obrigação de resultado**

### **1.2.1. Obrigação de meios**

A responsabilidade contratual advém de um contrato entre médico e paciente, por meio da reunião de vontade, mas existem, também, casos em que doente mental, como: ausência de vontade por impossibilidade de expressão - doente mental, ou, ainda, no caso de pessoa inconsciente.

Contudo, independente da natureza da relação jurídica-contratual ou extracontratual - o médico está adstrito à obrigação de meios, não se atrelando ao compromisso de curar o doente, e, sim, ao emprego de tratamento adequado e consciencioso, observando a orientação da ciência.

É cediço que o arcabouço da tese de que o exercício da Medicina abrange obrigação de meios e não de resultado advém do acordão da Corte de Cassação francesa, exarado em 1936, em processo que versou sobre res-

ponsabilidade médica. Afirmava a decisão que o compromisso do médico, se não evidentemente de curar o doente, ao menos de proporcionar-lhe cuidados conscienciosos, atentos, e, feita ressalva de circunstâncias excepcionais, que estejam de acordo com os elementos científicos estabelecidos.<sup>2</sup>

Os meios se ajustam ao caso apresentado, sendo provável que conduza ao resultado – a cura do doente – sem que haja promessa, pois permitir o contrário seria determinar uma obrigação de resultado inconciliável com o risco oriundo do exercício da Medicina.

Na obrigação de meios, o médico só será responsável quando ocorrer ausência de lealdade ou falta de habilitação técnica, ou, ainda, falta de diligência e prudência, deflagração do dano. Nesta espécie de obrigação, o ônus probante ficará a cargo do paciente.

Ricardo Pereira Lira ensina que:

“Assim, o conteúdo da obrigação é puramente o comportamento do devedor, e ao analisar-se a ocorrência ou não do cumprimento da obrigação não se cogita do resultado final. Assim, se o obrigado agiu, com prudência e diligência, praticando o que estava a seu alcance para conseguir a meta almejada pelo credor, a obrigação está adimplida, embora a meta optada possa não ter sido atingida.”<sup>3</sup>

A obrigação do médico, na sua essência, é uma obrigação de meios, ausente a obrigatoriedade de cura do paciente. O profissional se obriga a utilizar os meios e cuidados, procedimentos de diligência e de prudência, para obter um resultado que, por se cuidar de ser humano, depende do acaso e da incerteza.

### 1.2.2. Obrigação de resultado

Na obrigação de resultado, o médico se obriga a alcançar um determinado objetivo. A não execução da obrigação gera o descumprimento do pacto, pois o resultado prometido não ocorreu. A responsabilidade surge quando o dever jurídico não é alcançado. A culpa do profissional é presumida, cabendo ao médico comprovar que agiu de maneira diligente e o resultado só não ocorreu em razão da presença de uma das excludentes da

<sup>2</sup> NICOLAS, Guy. *La responsabilité Médicale*, Flammarion, 1996, p. 31.

<sup>3</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n° 6, pp. 75-82, set./dez. 1996, p. 78.

responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, fortuito externo, força maior. Ausente a prova de uma dessas causas, a responsabilidade se faz presente.

O corpo humano possui caminhos sinuosos, podendo causar surpresa ao profissional quando da finalização de um tratamento, pois o cumprimento da obrigação se desenrola em uma faixa aleatória, dependendo do acaso. Cada ser possui suas próprias peculiaridades. O sucesso absoluto de um cirurgia realizada em determinada pessoa, em caso semelhante, pode não ensejar o resultado favorável em outra pessoa.

É pacífico que na cirurgia plástica reparadora a obrigação é de meios, pois a mácula estética geralmente, ou é genérica, ou se instala no corpo por alguma causa superveniente ao nascimento, como um acidente automobilístico que deixa cicatrizes profundas. Na cirurgia de embelezamento, o paciente apresente um corpo sadio, são. As imperfeições advêm de uma necessidade psicológica, ou não, do paciente em melhorar sua estética, ou em diminuir o enfeamento. Em ambos os casos, segundo o melhor entendimento, a obrigação é de meios, e não de resultado.<sup>4</sup>

Diariamente, os programas televisivos, por meio dos anúncios por eles veiculados, oferecem cirurgias plásticas (de mama, glúteos, abdômen, face), garantindo pleno sucesso na intervenção. Comprometem-se a modificar a aparência e a vida dos telespectadores desavisados, e, pasmem, garantem similitude com celebridades, e o pagamento do serviço pode ser realizado em módicas e intermináveis parcelas, o que seduz o consumidor e atrai a relevância do contrato de obrigação de resultado. Esta prática é ilegal, viola o disposto no art. 104 do CC (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prevista ou não defesa em lei), afasta-se do mundo jurídico, não podendo ser considerado no campo desta pesquisa.

Não se pode generalizar. A classe médica, em sua maioria, é composta de profissionais diligentes que observa a ética e a boa-fé objetiva.

A Resolução nº 81/97 do CREMESP (D.O.E. de 19.06.1997), em relação à expectativa de um resultado favorável, descreve, em seu art. 4º, que: “Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, o médico não deve prometer resultado ou garantia do tratamento. O médico deverá informar ao paciente, de forma clara, sobre os benefícios e riscos do procedimento.”

<sup>4</sup> Por tais razões, com máxima vênia, não de ruir duas concepções, porque errôneas, injustas e imprestáveis à exata compreensão do instituto da responsabilidade, notadamente do cirurgião plástico: a primeira, a distinção entre cirurgia plástica reparadora e estética. E a segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para outra. Em outro dizer, a cirurgia plástica – seja reparadora, seja estética – é sempre uma obrigação de meio de diligência e prudência e não de fim ou resultado”. (MAGRINI, Rosa Jane, Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 48, nº 280, fev. 2001, p.80)

A Ciência Médica aceita a falibilidade na cirurgia estética, por se tratar exatamente de um ato cirúrgico, passível de complicações e acidentes, que, por vezes, independe do atuar do cirurgião. Esses fatores poder surgir antes, durante ou após a operação, mas o ponto nodal para a aceitação da falha é a inoocorrência de erro médico.

Para que a cirurgia plástica seja bem sucedida, faz-se necessário o cumprimento das orientações médicas – como repouso, abstinência ao álcool e ao fumo – pelo paciente. Caso contrário, poderá ocorrer problemas e eventual mudança no resultado da cirurgia.

Quanto à dúvida relativa aos fatos biológicos, não há diferença quanto ao procedimento reparador e ao procedimento estético. A reação do conjunto de órgãos é a mesma nas duas hipóteses. A biologia não cria distinção, pois as particularidades hostis e invasivas são as mesmas em qualquer procedimento cirúrgico.

O que se deve considerar é o fato de que na cirurgia estética a intervenção não se faz necessária, tratando-se de um evento eletivo.

Nestor José Forster defende o entendimento que caracteriza a cirurgia estética como geradora de obrigação de meios, não de resultado:

Basta, portanto, que o cirurgião plástico empregue toda a técnica médica consagrada e adote as cautelas indicadas para o ato cirúrgico para que se exima do resultado. Evidentemente, não se focaliza aqui o cirurgião que assume o compromisso com o paciente de atingir determinado resultado. É claro que se tal compromisso existir, ele responde por inteiro pelos resultados que discrepem daqueles buscados pelo paciente e prometidos pelo profissional.<sup>5</sup>

A reponsabilidade médica é fundada em casos concretos, e não em princípios gerais, por ser casuística. Cada tratamento, cada cirurgia - ocorrendo sucesso ou não – possui características e matizes próprias, e em relação a cada signo é que a contenda será analisada e decidida.

### 1.3 Responsabilidade Contratual

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico maculado possui por base a vontade dos contratantes, ante a não observância da obrigação contraída pelas partes, que enseja a responsabilização.

5 FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, abr. 1997, p.87.

O art. 421 do Código Civil regula a liberdade de contratar, desde que os pactuantes observem a função social do contrato, cujos elementos nodais são a ética e a boa-fé objetiva.

Assim, quando uma das partes do contrato violar o dever jurídico oriundo do contrato por ela firmado, surgirá a responsabilidade contratual.

## 2. O CONTRATO MÉDICO COMO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A Constituição, em seu art. 7º, inciso XXXII, proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual entre tais profissionais. Deve prevalecer um único critério para a qualificação jurídica dos contratos entabulados com as pessoas que exercem profissões liberais. Assim, a natureza jurídica da relação entre médico e paciente é de contrato de prestação de serviços.

Consiste o contrato na obtenção dos serviços ou conhecimentos técnicos do profissional visando à cura do doente. Em contrapartida, o profissional terá direito a uma retribuição financeira.

Para que o contrato de prestação de serviços seja válido, deverá estar presenciado o conjunto de itens dispostos nos incisos do art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

O médico e o paciente deverão demonstrar a legitimação para deflagrar o pacto, bem como expressar livremente o consentimento para a elaboração do contrato. O dever de informação é de suma importância. O objeto do contrato é o ato médico que possui como fim precípuo a saúde do homem. O ato médico engloba o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento. Não obstante o princípio da liberdade de pactuar, o ideal é que o contrato seja realizado por escrito, e não verbalmente, para assegurar a ambas as partes esteio probatório caso haja futura celeuma a ser resolvida em sede jurisdicional, homenageando, outrossim, o equilíbrio contratual.<sup>6</sup>

Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior, em artigo doutrinário sobre os princípios do direito contratual, explica que:

---

<sup>6</sup> Segundo Orlando Gomes: “O contrato é um pressuposto de fato do nascimento de relações jurídicas, umas das principais, senão a mais importante, fontes ou causa geradora das obrigações, o título de criação de nova realidade jurídica constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos. Além de ser causa eficiente desse complexo de direito e obrigações, o contrato de tem ser encarado no segundo aspecto assinalado, isto é, como vínculo ou resultado que produz, a relação contratual a que da nascimento, os efeitos que provoca entre as partes. Em síntese: conteúdo e eficácia.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 15).

“A partir do texto constitucional, pode-se constituir uma argumentação em torno desta nova realidade contratual. A República Federativa do Brasil possui como objetivo fundamental – entre outros – “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, reza o inc. I do art. 3º da CF/88. A equidade ou o equilíbrio nas relações contratuais, há de se constituir num dos princípios de se valerá o sistema para alcançar aqueles escopos traçados na Carta Magna. Embora se tutelem, enquanto princípio fundamental, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF/88 art. 1º, IV), o estabelecimento das convenções deverá pautar-se de acordo com ideais de justiça e equidade a fim de que se não avilte, de outro lado, a dignidade pessoa humana, também princípio fundamental (CF/88 art. 1º, III) – em verdade o mais importante deles todos. Um equilíbrio entre as prestações contratuais, de modo que um dos contratantes não aufira, em face do outro, vantagem manifestamente excessiva responde ao ideal de justiça contratual que permeia o ordenamento jurídico.”<sup>7</sup>

Para sedimentar a pesquisa sobre o contrato de prestação de serviços médicos, faz-se necessária a análise das suas fases, que se subdividem em: fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual.

## **2.1. Fases do contrato médico**

### **2.1.1. Fase pré-contratual**

#### **2.1.1.1. Natureza do pré-contrato**

Duas teorias afloram no que concerne à natureza da fase pré-contratual. A primeira ensina que o cerne dessa etapa é a obrigação de pactuar, devendo as partes emitir a declaração de vontade, já que a vontade é um dos elementos precípuos do contrato, cuja ausência de vontade do agente pode gerar vício de consentimento, como: erro, dolo e coação. A segunda corrente possui como fim principal a imposição de deflagrar novo contrato, revertendo-se em uma obrigação de fazer. A tendência é tornar o pré-contrato em

---

7 LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. *Revista de Direito Privado*. v. 12, out./dez. 2002, p. 153.

um negócio jurídico, exsurgindo uma faculdade de exigir a eficácia imediata de outro pacto.<sup>8</sup>

Regis Fichter Pereira enquadra a responsabilidade civil pré-contratual como uma terceira espécie de responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade civil contratual e da responsabilidade civil aquiliana, elencando, assim, as quatro hipóteses de disposição da responsabilidade pré-contratual:

“A responsabilidade civil pré-contratual tem quatro hipóteses típicas, nas quais pode se configurar: a) quando tenha havido a ruptura injustificada das negociações contratuais; b) quando durante o desenrolar das negociações um dos contraentes venha a causar danos à pessoa ou aos bens do outro contraente; c) quando tenha ocorrido o estabelecimento de contrato nulo ou anulável e um dos contratante conhecia ou deveria conhecer a existência do vício no negócio jurídico; d) quando, mesmo instaurada a relação jurídica contratual, das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados.”<sup>9</sup>

O autor distingue a fase pré-contratual do contrato preliminar, afirmando que, no caso de pré-contrato ou contrato preliminar, o contrato já existe. O exemplo citado é a previsão de arras, de conformidade com a previsão legal contida nos arts. 417 e 420 do Código Civil. Nesses casos, não incide a responsabilidade pré-contratual, tendo em vista a existência da relação jurídica obrigacional oriunda do contrato. O não cumprimento da obrigação inaugura a responsabilidade civil de natureza contratual.<sup>10</sup> Não obstante, em determinadas relações jurídicas pode ocorrer a concorrência de responsabilidades, ou seja, a presença da responsabilidade de natureza contratual e da responsabilidade de natureza pré-contratual, respectivamente.<sup>11</sup>

8 GOMES, Orlando. **Op. Cit.** pp. 151-152.

9 PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **Op cit.** pp. 102-103.

10 “O pré-contrato já é em si um contrato. Ele estabelece uma relação obrigacional entre as partes, cujo objeto consiste no estabelecimento de uma outra relação jurídica contratual definitiva. Em sendo assim, o tipo de responsabilidade decorrente de pré-contrato é de natureza contratual e não de natureza pré-contratual, como poderia parecer à primeira vista.” (PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pp. 109-110)

11 “É possível, não obstante, que se verifique em certas situações concorrência de responsabilidades. Ao lado da responsabilidade de natureza contratual existe, v.g., por força da estipulação de arras penitenciais, pode eventualmente surgir responsabilidade de natureza pré-contratual, quando um dos contraentes tenha iludido o outro na fase de formação do contrato, situação em que o dever de indenizar pode superar o valor estipulado pelos contraentes por ocasião da estipulação das arras.” (PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 111-112.)

Enéas Costa Garcia distingue as negociações preliminares do contrato preliminar da seguinte forma:

“O contrato preliminar é dotado de exequutoriedade. O seu inadimplemento enseja a aplicação dos princípios da responsabilidade contratual. Em determinadas circunstâncias pode a parte lesada obter a declaração judicial que supre o inadimplemento do contrato preliminar ou compelir o inadimplente, via preceito cominatório a concluir o contrato definitivo. As negociações preliminares não permitem esta execução específica da obrigação de fazer. Em princípio, não admitem a persecução do interesse positivo do contrato. Em síntese: somente o contrato preliminar é obrigatório, dotado inclusive de execução específica.”<sup>12</sup>

### 2.1.1.2. A relação contratual

A etapa preparatória encontra-se presente em todas as negociações. Nesse momento, cada um dos pactuantes examina o benefício e desvantagem, caso ocorra, da relação jurídica proposta, concluindo pela celebração do contrato.

A responsabilidade civil no atendimento médico é contratual. Assim, na fase preparatória, em que o paciente marca consulta e não comparece ao consultório, não há o aperfeiçoamento do contrato, não gerando obrigação oriunda da fase pré-contratual.

É cediço dizer que, antes de ordenamento jurídico oferecer consentimento ao profissional de saúde em interferir no corpo humano, evidentemente sempre em prol do bem-estar do homem, fisicamente e/ou mentalmente, existe a obrigatoriedade de um saber científico, como explicita Vera Maria Jacob de Fradera:

“Antes de consentir a um homem a possibilidade de utilizar técnicas médicas em outros seres humanos, impõe-lhe a lei certas aptidões e conhecimentos específicos, verificado em um curso regular de Medicina, constituído o diploma médico apenas uma introdução na profissão. Com isto quer-se demonstrar que a técnica médica, progredindo sem cessar, impõe a todo profissional nesta área, o dever de acompanhar, de forma per-

---

12 GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 34.



manente, o seu desenvolvimento, tendo em vista o interesse dos seus pacientes. Deve o médico ter pleno domínio não somente das técnicas adquiridas durante o seu curso universitário, como, igualmente, o daquelas contemporâneas a cada um de seus atos profissionais.”<sup>13</sup>

O contrato médico é sinalagmático, ante a reciprocidade das obrigações; consentindo, ante a ausência de viabilidade de uma decisão arbitrária; tácito, além de se expresso o consentimento do paciente em determinadas situações, como no caso de um ato cirúrgico em que o paciente firma documento de consentimento e informação de todas as possíveis ocorrências do ato médico, incluindo as consequência do risco operatório.

A relação médico-paciente, que se cuide de profissional liberal ou de médico que possua uma relação empregatícia com um hospital público ou particular, faz emergir uma condição contratual, formando, assim, um vínculo obrigacional.

Segundo Ricardo Pereira Lira:

“Na maioria dos casos, a atividade profissional do médico é consentida, senão solicitada, resultado de um consenso entre o profissional e o cliente, ou, se for o caso, seus parentes. Nessa hipótese há um contrato, como referia SABATIER, que intervem entre o médico e o paciente, justificando a atividade profissional, e marcando a natureza e extensão dessa atividade, a ser desenvolvida de acordo com as normas técnicas e éticas.”<sup>14</sup>

### 2.1.2. Fase contratual propriamente dita

Nessa fase, o contrato entabulado entre as partes exsurge no mundo jurídico, tomando cor e vida. A partir da assinatura dos pactuantes firmada no documento, os direitos e obrigações das partes se tornam patentes e o que foi dito e anuído na fase pré-contratual passa a integrar o contrato de prestação de serviços.

A responsabilização opera-se por culpa, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, ou por dolo, vontade consciente do médico

13 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **AJURIS**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano XIX, v. 55, 1992, p.122.

14 LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n° 6, pp. 75-82, set./dez. 1996, p. 80.

ou até mesmo do paciente quando, por exemplo, ingere algum medicamento antes da realização de uma intervenção cirúrgica, ausente ciência e autorização do médico, provocando o insucesso do procedimento. Já o médico assume a obrigação de atuar observando as normas técnicas e éticas.

Os danos advindos da execução de determinados procedimentos deverão ser analisados, minuciosamente, para que se conclua quanto à responsabilidade do médico ou não.

Na atualidade, a atividade de reprodução humana assistida é o charme da medicina. Todavia, no procedimento reprodutivo propriamente dito, poderão ocorrer máculas à receptora ou ao pupilo que está por vir, oriundas da própria técnica reprodutiva, como ensina Elimar Szaniawski:

Para nós, a implantação de mais de dois embriões na paciente contraria a melhor doutrina médica, e os danos resultantes da extrapolação deste limite pelo médico constitui-se em prática de ato ilícito, caracterizando-se, pelo menos, a prática de dano moral. No entanto, no Brasil, o médico está respaldado pelo disposto na alínea nº 6 do item I da Resolução nº 1.358/92 do CFM, podendo transferir para a mulher até a quantidade de quatro embriões por tentativa de reprodução. Constatado, porém, que o médico desobedeceu às recomendações contidas no item I, alínea 6, da Resolução nº 1.358/92 do CFM, transferindo para a paciente receptora número superior a quatro ócitos ou pré-embriões e vier a ocorrer aborto ou outros danos à paciente, deverá o médico responder civilmente pelos danos causados, inclusive por dano moral, por causar sofrimento e frustrações desnecessárias ao casal que se submeteu ao procedimento reprodutivo.<sup>15</sup>

Quanto à responsabilidade hospitalar, esta se caracteriza quando o dano, o nexo de causalidade e o defeito do serviço se apresentam, como no caso de o paciente contrair o vírus da hepatite B em virtude dos serviços de hemodiálise realizados nas dependências do nosocômio.

A prestação de serviços de saúde divide-se em hospedagem hospitalar, ou seja: guarda do doente, fornecimento de dieta e dos medicamentos receitados pelo médico: e os atos praticados pelos profissionais médicos, como: diagnóstico, anestesia, cirurgia e tratamentos. Ambos os atos decorrentes da prestação de serviços devem ser ofertados a contento, pois, caso contrário, poderá emergir a responsabilidade objetiva do hospital, configurando lesão na fase contratual propriamente dita.

15 SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. 1. Ed., v.6. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176.

Os produtos e serviços colocados à disposição dos pacientes, quer pelos hospitais e clínicas, quer por profissionais do campo médico, devem atender às expectativas de segurança que deles se espera, refutando a possibilidade de aparecimento da periculosidade, o que acarretará uma sensível redução dos danos causados aos enfermos quando da prestação dos serviços na etapa contratual propriamente dita, o que, obviamente, evitará o surgimento de lesão na fase pós-contratual.

### 2.1.3. Fase pós-contratual

A denominada *culpa post pactum finitum* é pouco difundida no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, ante os poucos casos que comportam tal fenômeno, na jurisprudência.

A responsabilidade pós-contratual se perpetua mesmo após a extinção do contrato, homenageando os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da lealdade. Ademais, os chamados deveres acessórios de comportamento permanecem, como o dever de informação, dever de sigilo e dever de cooperação.

Enéas Costa Garcia sustenta que o dever de informação prestado pelo médico pode ecoar na fase pós-contratual:

“Cremos que, por força da regra da boa-fé objetiva, este dever de informação subsiste ainda na fase pós-contratual, não se limitando apenas ao período no qual se encontra em curso o tratamento. Em algumas situações (ex.: discussão a respeito dos honorários, ação de responsabilidade civil) é justamente na fase pós-contratual que este dever de informação tornar-se-á mais necessário. O fim do dever principal de prestação (tratamento) não faz cessar os deveres acessórios da conduta.”<sup>16</sup>

Percebe-se que os deveres acessórios de conduta usufruem autonomia diante dos demais deveres impostos aos contratantes, aparecendo em determinadas etapas do contrato propriamente dito, bem como no estágio seguinte: fase pós-contratual.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Op. Cit.** p. 233.

<sup>17</sup> Sílvio de Salvo Venosa observa que: “[...] essa responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post factum finitum*, decorre primordialmente do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos. Trata-se de um dever acessório de conduta dos contratantes, depois do término das relações contratuais, que se desprende do sentido individualista do contrato imperante até o século passado e se traduz em um sentido social das relações negociais, como, aliás, propõe o atual Código Civil. Os contratantes devem assegurar à outra parte a tranquilidade na execução do contrato.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 5. Ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2005, p. 516.)

Para que se caracterize a responsabilidade pós-contratual faz-se necessária a presença dos seguintes elementos deflagradores da responsabilização: dano; nexos de causalidade; e a demonstração da presença de um comportamento oposto à boa-fé, ou seja, violação de um dever acessório, não obstante a prática de uma conduta lícita em sua essência e, por fim, a extinção do contrato pelo seu cumprimento.

No que tange à natureza jurídica, há quem entenda ser a responsabilidade pós-contratual estimada como contratual e há quem defenda a presença da responsabilidade aquiliana (art. 186 do Código Civil). No primeiro caso, haverá a inversão do ônus da prova e na segunda hipótese, a comprovação da culpa é imprescindível.

O art. 422 do Código Civil não menciona a observância dos princípios de probidade e boa-fé na fase pós-contratual. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” O Projeto de Lei nº 6.960/2002 pretende introduzir no referido artigo a fase pós-contratual, preenchendo a lacuna existente. É de se observar que a boa-fé traduz-se em cláusula geral, bastando, assim, o legislador ordinário ofertar proteção aos pactuantes desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, dispensando a salvaguarda de etapa por etapa do pacto.

É cediço fazer a distinção entre pós-eficácia aparente, pós-eficácia virtual e eficácia continuada. A pós-eficácia aparente traz em seu bojo efeitos oriundos da norma. Diante do dever de o médico realizar os curativos e subtrair os pontos cravados no corpo do paciente após a intervenção cirúrgica, ocorrendo a inexecução, não há se falar em responsabilidade pós-contratual.

Para bem enquadrar as fases do contrato no campo cirúrgico é preciso dizer que a cirurgia, segundo o Dicionário Houaiss, “é o tratamento ou reparação feita por processos operatórios”.<sup>18</sup> Todavia, cirurgia é mais do que isso. O cirurgião, na modernidade, conduz o paciente pelas fases de diagnóstico, preparo pré-operatório, intervenção cirúrgica propriamente dita, pós-operatório e reabilitação, englobando, assim, a prestação dos serviços médicos da fase pré-contratual à pós-contratual. Em qualquer especialidade cirúrgica, como: do uso e costume (cirurgia geral, cirurgia plástica, cirurgia dentária); da faixa etária em que atua (cirurgia pediátrica); das doenças tratadas (cirurgia oncológica, traumatocirurgia), exige-se um profissional habilitado,

---

18 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 94.

atuando com perícia, prudência e diligência em todas as fases de seu trabalho, de forma semelhante a outro profissional que atue no mesmo contexto.

Na pós-eficácia virtual, a obrigação complementar surge após a extinção da obrigação principal. O médico não entrega ao enfermo os exames realizados em seu poder após a feitura do tratamento com sucesso.

Já na eficácia continuada, extingue-se o dever de prestação primário, continuando presentes os demais componentes até o cumprimento total da obrigação.

Marco Antonio Trevisan esclarece o tema:

“Há casos em que se caracteriza apenas a pós-eficácia *aparente*, e que não retratam a responsabilidade pós-contratual. Nesses casos, a lei associa de modo expresso certos deveres à extinção das obrigações. A pós-eficácia *virtual* se verifica nas situações obrigacionais complexas nas quais estão previstos, desde o seu início, certos deveres que só poderão ser observados quando da sua extinção. E a eficácia continuada se verifica naqueles deveres que, previsto pelas partes ou pela lei, mantêm sua eficácia depois de extinto o dever primário ou principal.”<sup>19</sup>

Após a análise das fases do contrato, pode-se afirmar que, no milênio atual, os contratantes deverão observar com rigor os princípios da boa-fé objetiva, da lealdade e da transparência máxima com o intuito de cumprir o pactuado, evitando a inexecução que poderá ensejar a responsabilização.

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS.

#### 3.1. A função social na seara constitucional: respeito aos direitos do homem

A expressão “função social” homenageia as exigências ético-sociais, trazendo princípios e normas de bom viver em sociedade, com o fito de valorizar a humanidade.<sup>20</sup>

19 TREVISAN, Marco Antonio. Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 16, ano 4, out./dez. 2003, p. 210.

20 “Não podem, portanto, ficar alheias ao conceito de função social do contrato as questões que guardem relação com a dignidade do ser humano, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais(...) Primeiro elemento importante ao estudo da função social do contrato é a noção acerca do bem comum, pois tratar de função social de um direito equivale a tratar das medidas em que esse direito deve ser exercido para que seja promovido o bem comum. (SAN-

A função social do contrato deve ser visualizada com arrimo no interesse da sociedade, que deflagra, dia após dia, diversas relações contratuais, bem como as regras constitucionais que versam sobre a significação dos direitos humanos.

Alexandre de Moraes leciona o seguinte:

“A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal dos princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalta-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.”<sup>21</sup>

A função social expressa a preponderância do interesse público sobre o interesse privado. Atenta, assim, ao cumprimento do objetivo primordial do Poder Constituinte originário de 1988: diminuir as desigualdades sociais e enaltecendo os direitos de terceira geração: solidariedade e fraternidade.<sup>22</sup>

A função social do contrato busca uma sintonia entre a participação coletiva e a individual, coadunando o princípio da liberdade com o princípio da igualdade.

Segundo Thomas Hobbes, em sua brilhante obra *Leviatã*, de 1651:

“Atribuir a um homem um alto valor é honrá-lo em um baixo valor é desonrá-lo. [...] O valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade”.<sup>23</sup>

---

TOS, Eduardo Sens do. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais**: exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 3, n. 10, abr./jun. 2002, p. 16.)

21 MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição de República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 3. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2000, p. 21.

22 “Resta patente, nesse sentido, que, se o conceito de justiça contratual transitou do voluntarismo contratual para a solidariedade social, o conteúdo da segurança jurídica também se modificou. E qual seria ele? Para cumprir o valor constitucional da solidariedade, isto é, para se alcançar o contrato funcionalizado, são inadmissíveis efeitos contratuais que aniquilem uma das partes do contrato, que vulnere um setor da cadeia de consumo, que distanciem as posições econômicas envolvidas. Enfim, a segurança jurídica contratual se posiciona, atualmente, no equilíbrio inicial, se o contrato é de execução instantânea, ou na sua constância, quando se tratar de contrato de execução sucessiva ou diferida. Na prática, mostra-se imperioso não permitir o aniquilamento de nenhum dos contratantes e de se fazer cumprir, com rigor, o valor constitucional da solidariedade”. (NALIN, Paulo, A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3., n. 12, out./dez. 2002, p. 60).

23 HOBBS, Thomas, **Op. Cit.** p. 71.

E mais, na citada obra, primeira parte, o escritor ensina que a lei natural de autopreservação da humanidade deve ser perseguida pelo homem, principalmente em razão de no novo século a dignidade da pessoa humana ser direito principal para toda a coletividade.

Os contratos devem estabelecer uma ordem social balanceada, com o fim de evitar prejuízo para a coletividade, de acordo com o art. 170, *caput*, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”. O inciso III informa sobre o princípio da função social da propriedade.

Após o advento da Carta Maior, o cerne do contrato passou a ser a solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988).

A dignidade da pessoa humana encontra-se encartada no artigo 1º, III, da Constituição Federal, não podendo esquecer o preâmbulo que vela por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Como o presente trabalho versa sobre a prestação de serviços médicos, é imprescindível citar o art. 196 do diploma constitucional que aduz sobre a saúde: A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Assim, a qualidade de vida é ponto vital para a perpetuação do ser humano, devendo restar inabalável sua integridade física e psicológica, para que o regramento constante em sede constitucional seja aplicado, sob pena de comprometimento do futuro da humanidade.

### 3.2. A função social do contrato médico

O contrato exterioriza as operações econômicas, veiculando a conduta do homem que deflagra a transformação, a evolução e o progresso social.

O contrato é fundado no consensualismo, no encontro de vontades de pessoas que expressam o poder de autodisciplina de seus próprios interesses.

A autonomia privada é uma garantia legal que sucumbe apenas diante do interesse público e da lei.

No direito dos contratos, a autonomia privada aparece em três nítidas situações: poder de contratar ou não; poder de escolher com quem contratar e poder de determinar o conteúdo do pacto.<sup>24</sup> Dessa forma, a autonomia privada possui um condão garantidor ligado aos valores e princípios norteadores do orde-

24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social do contrato. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

namento jurídico com o fito de propiciar a função social do contrato, a equidade contratual e demais valores que circundam os contratos.<sup>25</sup>

O artigo 421 do Código Civil trouxe a necessidade premente de integrar o contrato na coletividade para a realização dos fins sociais: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

A limitação da liberdade de pactuar significa que o contrato possui o condão de orientar a forma de se contratar, não possuindo apenas um cunho restritivo.

O contrato é o acordo das vontades dos contratantes, assim, a função social do contrato não pode desvirtuá-lo. A cláusula geral constante no citado artigo 421 do Código Civil possui um potencial de domínio maior do que as normas jurídicas estruturadas de forma conservadora, devendo a função social ser utilizada de forma adequada no caso concreto para o impedimento da arbitrariedade.

Vale ressaltar a distinção entre liberdade de contratar e liberdade contratual. A liberdade de contratar é facultativa aos membros da coletividade, conforme a exclusiva vontade dos contraentes. Já na liberdade contratual, as partes poderão escolher entre contratar ou não contratar, todavia, se surgir a desigualdade entre os contratantes, presente a injustiça social, o Poder Estatal intervirá, impondo restrições, em obediência às exigências do bem comum, ante a publicização do direito privado, trazendo à baila a função social.<sup>26</sup>

A ética deve circundar os contratos entabulados entre as partes, podendo ocorrer a revisão das cláusulas contratuais, garantindo uma execução equilibrada. Sendo assim, a liberdade de contratar será exercida de forma a observar os fins sociais do contrato.

Exemplo de negatização do equilíbrio contratual, evitando a desigualdade, é a prática realizada, indevidamente, pelas cooperativas médicas de inviabilizar o início ou a continuação do tratamento médico, bem como refutar a realização de exames necessária para a obtenção da cura ou a melhoria da saúde do paciente.

A função social, no Código Civil, surge como limite fundamental à liberdade contratual, denominada pelo legislador ordinário de “liberdade de contratar”, delimitando o conteúdo do contrato, negando a derrocada da parte mais frágil, impedindo a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em sede constitucional.<sup>27</sup>

25 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

26 “No nosso entender, mais que falta de precisão técnico-conceitual de ‘função social do contrato’, impressionou-o a limitação à liberdade de contratar.

27 Na contemporaneidade, no contexto de uma sociedade massificada e plural ao extremo, não é mais aceitável, sob qualquer ótica a analisar, que o contrato seja um instrumento de ruína do contratante mais fraco, levando-o à miséria ou mes-



### 3.3. A supressão do abuso do direito e a observância do dever de lealdade e do princípio da boa-fé objetiva.

O instituto do abuso de direito foi concebido através de construção doutrinária e jurisprudencial do século XX, encontrando-se vestígios na teoria do direito romano.

O ato abusivo não se confunde com o ato ilícito, o que diferencia a natureza da violação a que os atos se referem. No ato ilícito, a pessoa fere diretamente o regramento jurídico, pressupondo-se, então, que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso do direito, a pessoa aparentemente age no exercício do seu direito, todavia, transgride valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito pelo ordenamento, no plano da antijuridicidade.

O Código Civil de 1916 acolheu o abuso de direito de forma modesta, proibindo atos irregulares. Aduz, em seu art. 160, inciso I: “Não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Já o Código Civil de 2002 trouxe o critério do abuso embutido no desvio do direito no que tange à sua finalidade ou função social. Preceitua esse diploma legal em seu art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Assim o abuso do direito encontra-se relacionado ao princípio da boa-fé, como parâmetro para definir os limites do antijurídico.

O princípio da boa-fé objetiva, na taxionomia do Código Civil, é cláusula geral balizadora da validade dos contratos, não só nas relações de consumo como também nas relações civis e empresariais.

O art. 422 do Código Civil refere-se expressamente a esse princípio: “Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

A segurança das relações jurídicas depende da lealdade e da confiança dos pactuantes, impondo o dever de conduta honesta, reta e leal, com o fim

---

mo entregando sua liberdade em razão de eventual inadimplência contratual, sem qualquer direito de defesa. Vejam-se, por oportuno, diversos exemplos que infringem os direitos humanos privados, segundo o magistério do doutrinador Fernando Rodrigues Martins, a saber: a prisão civil em matéria de alienação fiduciária em garantia: a edição da Resolução 980/84 que, em sede de contrato de leasing, o desnaturou para compra e venda e, como tal, impossibilitou que os arrendatários pagassem somente o aluguel, elidindo o direito de escolha ao final do contrato (art. 6º, II, do CDC); o leilão extrajudicial do bem imóvel adquirido nos termos do De. Lei 70/66, sem interferência do Poder Judiciário; a resolução do contrato de trato sucessivo, ainda que adimplido em larga escala, entre outro. (HORA NETO, João). O princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. v. 4, n. 14, abr./jun. 2003, p. 46)

de preservar a finalidade econômica e a função social do contrato. A eticidade é o elemento norteador do princípio da boa-fé objetiva.<sup>28</sup>

A boa-fé objetiva surge na fase pré-contratual, estendendo-se até a fase pós-contratual, exurgindo deveres entre os pactuantes como o de informação, o de sigilo, o de proteção e o de lealdade.

O Código Civil inspirou-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, e 51, IV) adotando o princípio da boa-fé objetiva.

O dever de informação deve circundar a fase das tratativas com o intuito de esclarecer ao pactuante o conteúdo do contrato, bem como impedir que o contratante seja surpreendido com cláusulas contratuais que deflagrem a ausência de vontade de contratar, homenageando o princípio da não surpresa.

Na seara consumerista, o dever de informação vincula-se ao princípio da transparência máxima (art. 4º, *caput*, Lei nº 8.078/90).

O dever de informar no contrato de prestação de serviços médicos consiste em o profissional estabelecer as condições do contrato para a utilização dos serviços, além do dever de aconselhamento – informar sobre o tratamento e o estado de saúde do cliente – fornecendo respaldo suficiente para que este decida, avaliando os riscos, sobre o início de determinado tratamento ou não, bem como suportar ou não uma intervenção cirúrgica. O médico deve estar ciente de que o paciente compreendeu as informações ofertadas na fase pré-contratual.

Cuida-se de um desafio relevante, tendo em vista o agravamento da realização dos serviços médicos prestados pelo Estado. A relação médico/paciente se dá de modo deficitário, o que compromete ou até impossibilita a confiabilidade das partes contratantes.

O sigilo profissional encontra esteio no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. O sigilo deve ser mantido. Se necessário, todavia, para que o médico se abstenha de incorrer em quebra de segredo, poderá se fazer valer dos remédios constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

---

28 “Esse princípio veio importado do direito alemão e foi traduzido de uma expressão desse idioma que significa lealdade e confiança. Por isso o princípio da boa-fé objetiva é uma regra de conduta, um dever, uma obrigação socialmente recomendável. Baseia-se numa conduta fundada na lealdade entre as partes, na confiança e na lisura, na retidão dos objetivos e na consideração para com os interesses do outro, da parte contrária. Em resumo, tutela, emprestando um caráter ético ao direito contratual, a confiança de quem acreditou que a outra parte procederá de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Daí por que no texto do Código Civil, para deixar bem claro a objetividade da boa-fé foi adicionada a expressão ‘probidade’, como se fosse outro princípio, mas apenas para ressaltar que o princípio da boa-fé é justamente essa proibidade nas relações negociais.” (SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 13, pp 99-111, jan./mar. 2003, p. 107)

O sigilo do profissional, no caso concreto, deverá ser prudente e diligente no momento da quebra do sigilo, antes as representações legais, éticas, cívicas e penais que norteiam o levantamento do véu protetor do sigilo profissional.

A equidade, a boa-fé, a proibição do abuso do direito podem levar o legislador a excepcionar o princípio da força obrigatória do contrato, pois a comutatividade nos contratos é princípio primordial do Direito.

A cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim, as coisas) oriunda do direito romano, migrou para a modernidade através da teoria da imprevisão decorrente da equivalência das prestações de ordem a coibir a lesão.

A ideia de solidariedade social rompeu com o rigor da obrigatoriedade ditada em Roma.

Para a aplicabilidade da teoria da imprevisão, faz-se necessária a modificação nodal do contrato, em razão de circunstâncias imprevisíveis e imprevisíveis, além da onerosidade excessiva que sofre um dos pactuantes, tornando inviabilizada a execução do contrato. O art. 478 do Código Civil abraça a teoria da imprevisão. Já o artigo 39, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aduz ser prática abusiva exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

A vedação do desequilíbrio econômico do contrato, homenageando o princípio da boa-fé objetiva e a equidade contratual e a proibição do abuso do direito, repelindo a desigualdade dos contratantes, que promove a indesejável lesão, foi objeto de estudo do Professor Caio Mário da Silva Pereira, que traduz o seguinte:

“O direito positivo, tencionando resolver este problema, não pode desprezar uma parcela subjetiva na formação do contrato, e, repelindo como deve repelir a desproporcionalidade das prestações, via da qual uma das partes retira do negócio vantagem manifestamente superior ao valor que oferece ao co-contratante, terá de articular o conteúdo objetivo com o intencional, para compor a fórmula do desfazimento do negócio usuário. Se a rescisão do ajuste não é suficiente que uma das partes obtenha no lucro auferido o desequilíbrio das prestações; se não basta que um indivíduo sofra em seu patrimônio um desfalque decorrente do contrato ajustado, ainda que a ele conduzido pelas condições de inferioridade que o dominam no momento de avençá-lo, também não pode o di-

reito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite desta situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca. Esta é a tendência que o direito moderno adota, esforçando-se por introduzir no contrato a obediência à regra moral, pretende realizar a justiça, repudiando a exploração do homem pelo homem.”<sup>29</sup>

### 3.4. Os serviços médicos prestados ao paciente e a função social do contrato

A atuação profissional do médico é baseada na confiança. A fidúcia é o ponto central da relação médico/paciente. A deslealdade viola o princípio da boa-fé objetiva, insculpido nas normas que protegem o Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990).

O dever de informação também de ser observado, pois ao paciente é dado o direito de saber: o tipo de tratamento a ser realizado; como a doença irá regredir ou progredir; os efeitos colaterais oriundos da utilização de medicamentos, tudo com clareza e no nível de entendimento do doente.

É evidente que a lealdade deve emanar de ambas as partes. O paciente tem o dever de observar as normas de boa conduta, agindo com eticidade, homenageando o princípio da igualdade, fundamental para a preservação da função social do contrato.

Exemplo de comportamento condenável do doente que viola a ética, citado por Irany Novah Moraes é o seguinte:

Comportamento condenável. O paciente não deve jamais abrir o relatório de exame que está endereçado ao médico. Antes de mais nada, ele estará violando correspondência alheia e, embora esta lhe diga respeito e a ele pertença, corre o perigo de que, não sabendo interpretar o exame venha a atrapalhar-se com o resultado. Somente o médico solicitante terá condições de analisar o resultado para elaborar o diagnóstico, pois poderá rejeitá-lo e mandar repetir o exame ou ainda discutir o grau de certeza de quem o fez, pois ambos sabem que a clínica é soberana. O paciente tomando conhecimento de um dado isolado pode afligir-se com o que, para seu médico, ainda é conseqüência ou até resultado incompatível com o quadro clínico.<sup>30-31</sup>

29 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.118.

30 MORAES, Irany NOVah. **Erro Médico e a Lei**. 3. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174.

31 Vale ressaltar que caso típico de não observância da norma constante no inciso XII, 1ª figura do art. 5º, da Carta Maior

Não há como dissertar sobre a função social do contrato sem tocar no assunto a seguir. Na modernidade, a chamada socialização do risco norteia diversos setores, como no caso de acidente de trabalho, transportes aéreos, ferroviários, bem como a responsabilização médica.

É cediço que diversos pacientes alegando erro médico ingressam perante o Poder Judiciário requerendo indenizações por danos materiais e extrapatrimoniais, em restando viabilizada e bem-sucedida a demanda poderá ocasionar a ruína financeira do prestador de serviço ante as vultosas obrigações de indenizar. Por outro lado, o lesado poderá ter o pedido julgado procedente, ausente o recebimento do *quantum* devido diante da insolvência do médico/devedor. A socialização do risco ameniza tais situações, permitindo ao responsável oferecer garantias sem afastar a responsabilidade, rendendo homenagens ao princípio da boa-fé objetiva, à lealdade, à transparência máxima, enfim, observando a função social do contrato.

Assim, a socialização do risco suaviza a tão nobre missão do trato com a saúde da coletividade, preservando a dignidade da pessoa humana, de maneira salutar.

Henri, Leon e Jean Mazeaud<sup>32</sup> questionam se o seguro é uma obrigação acessória em um contrato. O exemplo é um contrato médico, cuja obrigação principal é se empenhar em atender o cliente, e velar pelo seguro do enfermo. Ao contrário, em outros contratos, a obrigação de seguro, se existe, é uma obrigação acessória. Afirmam que a jurisprudência considera a obrigação de seguro como responsabilidade contratual pela força que circunda o contrato.

A saúde é o ponto principal da vida, com guarida em sede constitucional (art. 196 da CF/88).

A medicina é uma arte que exala a perpetuação da humanidade. Inserir a função social do contrato em sede de prestação de serviços médicos é

---

é o seguinte: Laboratório X realiza exame em determinada pessoa, constando no corpo do resultado ser o consumidor portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, por um erro na feitura do exame. Caso o laudo seja endereçado ao médico que solicitou a prestação de serviço ao laboratório, o paciente não pode violar a correspondência, se o fizer, restando sabedor do resultado equivocado, ausente ciência do médico e, posterior ajuizamento de ação com cunho indenizatório, em face do laboratório, poderá ensejar o insucesso ante a violação de um direito constitucional, violação de correspondência. O médico deveria receber o resultado do exame lacrado e, entendendo cabível, solicitar novo exame, ausente conhecimento do paciente sobre o resultado incorreto. Todavia, se o resultado do exame for endereçado ao próprio cliente, não há que se falar em violação de correspondência.

32 “Dans quelques contrats, par exemple le contrat medical, l’obligation de sécurité est une obligation principale: en s’engageant à soigner son client, le médecin prend l’obligation de veiller sur la sécurité du malade. Au contraire, dans une foule d’autres contrats, l’obligation de sécurité, si elle existe, n’est qu’une obligation accessoire. Mais existe-t-elle Sans doute elle existe comme obligation délictuelle et quasi délictuelle; mais existe-t-elle comme obligation contractuelle. L’une des parties s’est-elle obligée dans le contrat à donner la ‘sécurité à l’autre.

La jurisprudence a considérablement étendu le domaine de la responsabilité contractuelle, n’hésitant pas à <<forcer>> le cercle du contrat pour y faire entrer une obligation de sécurité que les contractants n’avaient sans doute pas songé à ‘inclure.” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de Droit Civil**. T. II. Paris: Nouvelle Licence, 1991, p.321.)

nada mais do que ofertar às partes, médico e paciente, em sabor de juridicidade à relação existente, o que envolve a lisura dos pactuantes, e não apenas do profissional, pois agindo o médico com ética, transparência, lealdade e prudência escapará do erro médico, ensejador da responsabilização civil, penal e administrativa.<sup>33,34</sup> Em contrapartida, o enfermo deverá instruir o médico sobre o estado de saúde, não podendo negar nem omitir qualquer informação, mesmo que entenda não ser relevante.

Por último, vale transcrever um trecho do Juramento de Hipócrates que diz:

“[...] Na casa onde eu for, entrarei para o bem dos doentes, abstendo-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução e, sobretudo, dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, sejam livres, sejam escravos, e que no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida eu vir ou ouvir o que não seja necessário revelar, conservarei como segredo. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou o infringir, suceda-me o contrário.” ❖

---

33 O médico deve informar ao paciente o tratamento a ser realizado, como se a doença irá regredir ou progredir, tudo com clareza e no nível de entendimento do doente, inclusive, em alguns casos, de necessidade de consentimento do cliente para a realização do tratamento.

34 Emile Arrighi de Casanova em seu “*La Responsabilité Médicale et le droit Commum de la responsabilité civile*” adverte: para que o médico seja isento da falta, não basta agir como prudência e diligência oriunda da preocupação da administração, a jurisprudência também exige que atue com o consentimento do doente. *Pour que le médecin soit exempt de faute, il ne suffit pas qu’il ait été prudente et diligente dans l’administration des soins, la jurisprudence exige aussi qu’il agisse du consentement du malade.* (CASA-NOVA, Emile Arrighi. **La Responsabilité Médicale et le Droit Commum de la Responsabilité Civile**. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1946, pp. 139-140). Tradução livre da autora.

# Desperdício Tecnológico no Brasil: o Paradoxo entre o Uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital

**Allen dos Santos Pinto da Silva Filho**

*Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes. Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.*

**RESUMO:** O Brasil é um dos maiores usuários da internet, no entanto, é um dos últimos no desenvolvimento de negócio no ambiente digital. Como isso causa impacto econômico e se distancia do item 45 da Agenda de Desenvolvimento da OMPI.

**PALAVRAS-CHAVES:** Brasil. Internet. Negócio. Inovação. Digital. Desenvolvimento.

**ABSTRACT:** Brazil is one of the largest users of the Internet, however, it is one of the last in the development of business in the digital environment. As this has economic impact and departs from item 45 of the WIPO Development Agenda.

**KEY-WORDS:** Brazil. Internet. Business. Innovation. Digital. Development.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Para que serve a Agenda de Desenvolvimento da OMPI. 2. O que demonstram os relatórios. 3. Panorama legislativo no âmbito tecnológico no Brasil. 4. A distância entre Universidade, o meio empresarial e os órgãos governamentais. 5. Falta de política de propriedade

intelectual. 6. Precisamos de uma política educacional em vez de lei. 7. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, apresentamos alguns dados sobre o acesso do brasileiro à *internet* e sua subutilização para realização de novos negócios, bem como fazemos apontamentos sobre a distância entre o meio acadêmico e o empresarial. Tudo isso, utilizando como pano de fundo o item 45 da Agenda de Desenvolvimento da OMPI, abaixo transcrito:

“45. Para abordar a aplicação da propriedade intelectual no contexto de interesses sociais amplos e especialmente preocupações voltadas para o desenvolvimento, tendo em vista que “a proteção e a observância dos direitos de propriedade intelectual deverão contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício recíproco dos produtores e dos usuários de conhecimentos tecnológicos e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio de direitos e obrigações ”, nos termos do artigo 7º do Acordo TRIPS.”

## 1. PARA QUE SERVE A AGENDA DE DESENVOLVIMENTO DA OMPI

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) foi criada, em 1967, com intuito de contribuir na proteção da propriedade intelectual. Passado alguns anos, a OMPI foi “incorporada” pela Organização das Nações Unidas (ONU) para que não só protegesse, mas, também, incentivasse o desenvolvimento por meio da propriedade intelectual.

Pois bem, tendo em vista, alguns há mais de desenvolvimento e um poder econômico diferenciado, a propriedade intelectual se tornou um artigo dos países desenvolvidos. Diante disso, os Amigos do Desenvolvimento<sup>1</sup>, encabeçados por Brasil e Argentina apresentaram propostas no ano de 2004, que só foram adotadas em 2007 pela Assembleia-Geral da OMPI, apesar da oposição liderada pelos Estados Unidos.

Tais propostas visam diminuir a distância abissal existente dos países desenvolvidos, detedores da maior parte das patentes, e dos países subde-

1 Bolívia, Cuba, República Dominicana, Equador, Egito, Irã, Quênia, Peru, Serra Leoa, África do Sul, Tanzânia, Uruguai e Venezuela que, juntos com Brasil e a Argentina, formam o Grupo dos “Amigos do Desenvolvimento”



envolvidos, os quais, quer seja pela juventude ou pela falta de recursos, não conseguem acompanhar o desenvolvimento dos primos ricos.

A Agenda do Desenvolvimento dispõe de 45 recomendações que visam melhorar o sistema da atual política de proteção da propriedade intelectual, para que possibilite a transferência e a disseminação de tecnologias em favor dos países subdesenvolvidos<sup>2</sup>, assentada nos três pilares de análises gramscianas: ideias, instituições e capacidades materiais.<sup>3</sup>

## 2. O QUE DEMONSTRAM OS RELATÓRIOS

Uma das maiores sociedades empresárias no ramo tecnológico, *FACEBOOK*, fez um levantamento e constatou que 58% (cinquenta e oito por cento) da população brasileira têm acesso à *internet*, contra 90% (noventa por cento) no EUA<sup>4</sup>.

Por sua vez, um relatório *Digital, Social e Mobile* de 2015, emitido pela agência de marketing social *We Are Social*, demonstra que a população brasileira é uma das maiores usuárias da *internet*, principalmente a *internet mobile* (gráficos 1 e 2) – o que aumenta a aproximação com a tecnologia; no entanto, o país é um dos últimos no desenvolvimento de negócio no ambiente digital.



Gráfico 1

2 Fleur Claessens. A Agenda de Desenvolvimento da OMPI avança. **Puentes entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible**, v.VIII, n. 1, Marzo. 2007, p.13; Joana Varon. **Conquistas da 5ª Reunião do Comitê sobre Desenvolvimento e Propriedade Intelectual da OMPI**, 07/05/2010. <http://a2kbrasil.org.br/Conquistas-da-5-Reuniao-do-Comite>.

3 COX, Robert. Social forces, states, and world orders: Beyond International Relations Theory. In: **Approaches to world order**, Robert Cox (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 85-123, 1996.

4 <https://info.internet.org/pt/blog/2016/02/22/state-of-connectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>

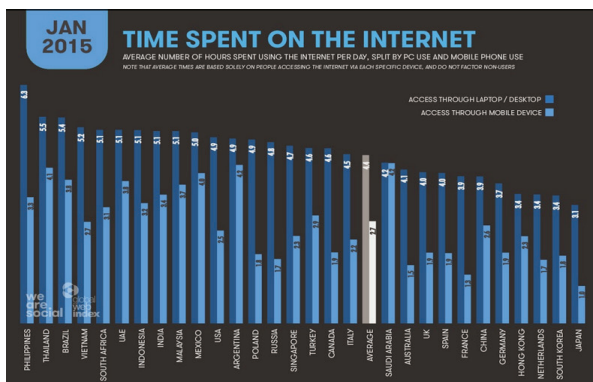


Gráfico 2

Essa grandeza de acesso não é traduzida em avanço tecnológico ou impacto econômico, visto que o usuário brasileiro gasta a maior parte do tempo navegando por redes sociais (gráfico 3).

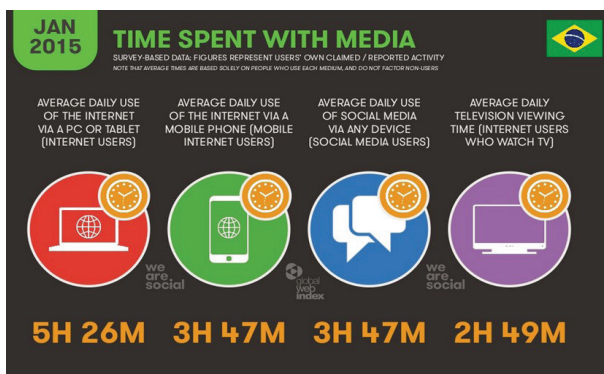


Gráfico 3

Além de não utilizar a internet de forma mais profissional, outro dado importante é que a população brasileira se sente desestimulada em formalizar um novo negócio, pois, demora cerca de 79 (setenta e nove) dias para abertura de uma sociedade empresária<sup>5</sup>. Afinal, mesmo que seja digital, o novo empreendedor tem que passar por todo o trâmite burocrático de acordo com o porte financeiro da empresa.

<sup>5</sup> <http://portugues.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2017>

E, por fim, a maior parte dos empreendimentos brasileiros é movida não por um estudo prévio se o mercado tem necessidade para absorver aquele serviço ou produto, mas, sim, por necessidade, segundo dados da *Global Entrepreneurship Monitor*<sup>6</sup>.

Mesmo que tais dados não tenham 100% de certeza, constata-se que o brasileiro tem um enorme potencial para desenvolver novos negócios no ambiente digital, mas não o faz, principalmente pela falta de educação empresarial. Prova disso é que, entre os professores que se consideram influências no empreendedorismo das suas universidades, 46% (quarenta e seis por cento) nunca tiveram experiência como empreendedores, e 53,8% (cinquenta e três e vírgula oito por cento) dos que afirmam ter tido, prestam consultoria, conforme o Relatório Empreendedorismo nas Universidades Brasileiras – 2016, realizado pelo SEBRAE e Endeavor Brasil.<sup>7</sup>

### 3. PANORAMA LEGISLATIVO NO BRASIL

A Constituição Federal dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte

<sup>6</sup> <http://www.gemconsortium.org/country-profile/46>

<sup>7</sup> Empreendedorismo nas Universidades Brasileiras. 2016. <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anechos/Relatorio%20Endeavor%20imprensa.pdf>. p. 8.

constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Portanto, o brasileiro tem garantido constitucionalmente o livre exercício de qualquer atividade econômica, no entanto, não o faz. E quando faz, não consegue sobreviver empresarialmente, segundo dados do SEBRAE:

Para tanto, o Poder Legislativo vem promulgando leis que visam criar elementos facilitadores para o desenvolvimento de novos negócios, e, inclusive, o processo inovador.

A Lei nº 11.196/05 (LEI DO BEM), a Lei nº 10.973/2004, modificada pela Lei nº 13243/2016 (LEI DA INOVAÇÃO), e a Lei Complementar nº 155/2016 (LEI DO INVESTIDOR ANJO), são atualmente normas essenciais e primordiais para aquele estudante e/ou empresário que pretende desenvolver atividades tecnológica no Brasil.

Sem entrar no mérito da eficácia legislativa, nota-se que tais dispositivos legais nem sempre atingem sua finalidade ou a intenção da lei, visto que a dificuldade de aplicação e entendimento, seja pelo operador do direito, seja pelo cidadão sem conhecimento jurídico, emperra sua aplicação aos casos concretos empresariais.

#### **4. A DISTÂNCIA ENTRE UNIVERSIDADE, O MEIO EMPRESARIAL E OS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS**

A falta de objetividade legislativa ocasiona a falha na aplicação de recursos financeiros e humanos para o desenvolvimento inovador.

As Universidades brasileiras dividem-se em dois grupos: particulares e públicas. Explica-se que esta divisão é contextual. Pois bem, no grupo das particulares, constata-se um controle de muitas universidades nas mãos de poucas empresas. Sendo certo que, na maioria das vezes, essas empresas “estudantis” têm seu capital negociado na bolsa de valores; logo, visam ao lucro.

O outro grupo, universidades públicas, sofre com a crise econômica do Estado, pois depende de verba pública para manutenção das suas atividades educacionais, incluindo aqui, por lógica, a pesquisa.

Portanto, sem muitas delongas, nos deparamos com dois cenários não favoráveis às pesquisas.

No campo estatal, a divisão é outra: órgãos com disposição legal e órgãos com disposição legal e orçamentária, para contribuir com pesquisa.

No âmbito estadual, vamos nos delimitar ao Estado do Rio de Janeiro, os órgãos de fomento e apoio à pesquisa têm disposição legal, mas, hoje, em função da crise econômica, não conseguem arcar com as despesas já aprovadas e não abrem novos editais para iniciar novos processos.

Diante desse quadro, o empresário brasileiro, preocupado em sobreviver, não cogita se aproximar das Universidades e dos órgãos de fomento, pois não enxergam retorno financeiro.

Ocorre que a aproximação entre a Universidade, seja pública ou particular, e os órgãos de fomento, seria o melhor dos mundos nesse momento de crise para esse empresário desacreditado. A mão de obra especializada que está nas Universidades brasileiras e as possibilidades de parceria com os órgãos de fomento e apoio à pesquisa, tendem a gerar novos negócios e possibilidades de lucro nunca vistos no setor empresarial.

As leis supracitadas (Lei nº 11.196/05 (LEI DO BEM), a Lei nº 10.973/2004, modificada pela Lei nº 13.243/2016 (LEI DA INOVAÇÃO), e a Lei Complementar nº 155/2016 (LEI DO INVESTIDOR ANJO), no seu escopo visam justamente a esse aproveitamento e desenvolvimento “barato” de novos produtos (entenda-se novos negócios).

Peguemos de exemplo o Núcleo de Inovação Tecnológica das Unidades de Pesquisas do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação no Rio de Janeiro, NIT-RIO. Mesmo estando em pleno funcionamento num dos pontos mais conhecidos da Cidade do Rio de Janeiro, Urca, quase nenhum empresário do ramo de tecnologia o conhece.

O NIT-RIO está vinculado à Subsecretaria de Coordenação das Unidades de Pesquisa (SCUP) do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Desde a sua criação em 2007, o NIT-Rio atua em toda a cadeia da inovação tecnológica, executando atividades relacionadas à gestão da propriedade intelectual, negociação de parcerias com setor produtivo e transferência de tecnologia das sete Unidades de Pesquisa associadas – CBPF – Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas, CETEM – Centro de Tecnologia Mineral, IMPA – Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada, INT – Instituto Nacional de Tecnologia, LNCC – Laboratório Nacional de Computação

Científica, MAST - Museu de Astronomia e Ciências Afins, ON - Observatório Nacional<sup>8</sup>.

Mesmo tendo todo um conteúdo intelectual, o NIT-RIO não possui investimento privado nem público para o seu funcionamento, ocasionando prejuízo no desenvolvimento ao apoio dos pesquisadores.

Segundo pesquisa empírica, coletamos dados que substanciam que, além da falta de apoio privado, a verba dos projetos apoiados pelo Estado não está sendo repassada. E, isso foi o mais preocupante: o pesquisador não confia em outro para desenvolver o resultado da sua pesquisa como um produto comercial.

## 5. FALTA DE POLÍTICA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A falta de conhecimento sobre propriedade intelectual no meio acadêmico, principalmente, tecnológico, gera prejuízos imensuráveis para o desenvolvimento e crescimento econômico do país.

Como dito no final do capítulo anterior, os pesquisadores não têm confiança em demonstrar suas pesquisas para escritórios de negócios, que vão aprimorar e tornar comercial aquele novo produto ou processo inovador.

Apesar de os pesquisadores serem Mestres ou Doutores no ramo da pesquisa científico-tecnológica, eles preferem fazer suas pesquisas para si e não dão continuidade ao teste prático, pois, assim, evitam que a pesquisa ganhe uma roupagem comercial.

Além disso, as agências de fomento ou demais órgãos estatais contribuem para a falta de política de propriedade intelectual. O que causa perplexidade, visto que são os maiores investidores de inovação no Brasil.

Também em pesquisa empírica na FAPERJ, verificou-se que nos contratos celebrados para fomento de pesquisa, a cláusula que prevê o pagamento dos royalties não é exercida pelo órgão estatal, sob a justificativa de que o Estado não pretende se envolver no resultado da pesquisa. O que foi produzido pelo pesquisador é dele e de mais ninguém. Observe-se que o financiamento foi público.

Acompanhando a não preocupação com a propriedade intelectual, está o empresário do ramo tecnológico - aqui, para fins didáticos, falaremos de empresas de tecnologia com produtos *web*, ou seja, produzidos e comercializados na internet.

---

<sup>8</sup> <http://www.nitrio.org.br/?pgn=Quem%20somos>. Acesso em: 20/02/2017.

Em visita ao evento Circuito Startup – Rio, constatamos que o discurso padrão é: não estamos preocupados em registrar nossa tecnologia ou processo inovador. Queremos que outros usem, porque também utilizamos os dos outros.

Desse modo, resta evidente que falta conhecimento sobre como um registro de uma tecnologia pode não só proteger o produto, como gerar desenvolvimento econômico para todos os envolvidos na cadeia produtiva: pesquisador (universidade), Estado (órgão de fomento) e empresário.

## 6. PRECISAMOS DE UMA POLÍTICA EDUCACIONAL EM VEZ DE LEI

No livro “Estado Empreendedor”, Mariana Mazzucato demonstra como é importante a conexão entre os atores do setor: Universidade, Estado e Empresário. Por meio de casos concretos, a autora deixa claro a importância de uma política séria não só de propriedade intelectual, mas de todo um ambiente propício para inovação e, por conseguinte, novos negócios.

Na Índia, que até 1947 ainda era colônia da Grã-Bretanha, estabeleceu um marco legal em 2013 em que foi estimulado o entrelaçamento entre setor público e privado e órgãos governamentais de ciência e tecnologia. Por sua vez, por consequência lógica, as Universidades se fortaleceram, ao passo que, em 2011, o Presidente indiano previu a abertura de cerca de 14 Instituições de Ensino focadas em inovação.

A ampliação de política educacional para que as Universidades formem empreendedores, como faz a Argentina<sup>9</sup>, ou que seja estimulado o ambiente inovador, ocasionará um ecossistema empresarial melhor, e por conseguinte, o órgão estatal mais próximo para incentivar, mas, também, para se beneficiar, configura a “Tripla Hélice”, termo criado por Etzkowitz e Leydesdorff para se referir a essa relação dinâmica.

Atrelado a isso, normas sérias, de fácil compreensão e de uso sobre propriedade intelectual, garantiria que esses incentivos à inovação custeados pelas empresas nacionais e corporações multinacionais e o Estado, não se perdessem, como acontece hoje em dia com as tecnologias desenvolvidas nacionalmente<sup>10</sup>.

---

9 A UBA – Universidade de Buenos Aires ocupa atualmente a 30ª posição no ranking de educação executiva do Financial Times. - <http://rankings.ft.com/businessschoolrankings/rankings>

10 Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina. Paulo Roberto de Almeida.

## 7. CONCLUSÃO

As mazelas legislativas e o enorme entrave social econômico gerado por anos de brigas políticas não causam entusiasmo que gere milhões de curtidas, como seria um vídeo numa rede social.

Com a promulgação da Lei da Inovação, Lei do Bem, e novas políticas públicas de desenvolvimento e a aproximação real da Universidade do setor empresarial, espera-se que o Brasil entre na rota do desenvolvimento das medidas previstas no artigo 45 da Agenda da OMPI. ❖

## REFERÊNCIAS

ACESSO À INTERNET E POSSE DE TELEFONE MÓVEL CELULAR PARA USO PESSOAL. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63999.pdf>>. Acesso em 20/02/2017.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual**: os novos desafios para a América Latina. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141991000200012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141991000200012)>. Acesso em 20/02/2017.

ANPEI - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DAS EMPRESAS INOVADORAS. **Posicionamento Anpei**: vetos presidenciais ao marco legal de C,T&I. São Paulo: Anpei, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/P7ABOU>>. Acesso em 20/02/2017.

ANPROTEC - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES PROMOTORAS DE EMPREENDIMENTOS INOVADORES. **Posicionamento Anprotec sobre Código de CT&I**. Brasília: Anprotec, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/IoxBmu>>. Acesso em 20/02/2017.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990. Disponível em: <<http://goo.gl/4lS0w>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: <<http://goo.gl/G0BiY>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa cientí-



fica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1994. Disponível em: <<http://goo.gl/f1M6Dh>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://goo.gl/h8WAw>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/9ci03>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial MP/MF/MCT no 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Brasília: MP; MF; MCT, 2008. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Câmara do Deputados. Projeto de Lei nº 2.177/2011. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/xyeJaA>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; sobre a Carreira do Magistério Superior, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987; sobre o Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico e sobre o Plano de Carreiras de Magistério do Ensino Básico Federal, de que trata a Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; sobre a contratação de professores substitutos, visitantes e estrangeiros, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; sobre a remuneração das Carreiras e Planos Especiais do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; altera remuneração do Plano de Cargos Técnico-Administrativos em Educação; altera as Leis nos 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 11.784, de 22 de setembro de 2008, 11.091, de 12 de janeiro de 2005, 11.892, de 29 de dezembro de 2008, 11.357, de 19 de outubro de 2006, 11.344, de 8 de setembro de 2006, 12.702,

de 7 de agosto de 2012, e 8.168, de 16 de janeiro de 1991; revoga o art. 4º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/B9Xtx>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Portaria nº 251, de 12 de março de 2014. Brasília: MCTI, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/SKHKdb>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Produtivismo includente: empreendedorismo vanguardista. Brasília: SAE/PR, 2015a. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 77/2015. Brasília: Senado Federal, 2015b. Disponível em: <<http://goo.gl/EnXv0w>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 2016a. Disponível em: <<http://goo.gl/gjDTBT>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. Mensagem Presidencial nº 8, de 11 de janeiro de 2016. Brasília: Palácio do Planalto, 2016b. Disponível em: <<http://goo.gl/bDLeXz>>. Acesso em 20/02/2017.

CGEE - CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. **Modelos institucionais das organizações de pesquisa**. Brasília: CGEE, 2010. v. 3. (Série Documentos Técnicos).

CGU - CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Coletânea de entendimentos, gestão de recursos das instituições federais de ensino superior e dos institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica: perguntas e respostas**. Brasília: CGU, 2013.

COX, Robert. Social forces, states, and world orders: Beyond International Relations Theory. In: **Approaches to world order**, Robert Cox (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 85-123, 1996.

Doing Business 2017. Igualdade de Oportunidades Para Todos. Disponível em: <<https://goo.gl/WRqRR8>>. Acesso em 17/04/2017.

Empreendedorismo nas Universidades Brasileiras. 2016. SEBRAE e Endeavor Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/9DUwIL>> Acesso em 17/04/2017.

FORAY, D.; MOWERY, D.; NELSON, R. The need for a new generation of policy instruments to respond to the grand challenges, **Research Policy**, v. 41, n. 10, p. 1697-1792, dez. 2012.

KLINE, S.; ROSENBERG, N. An overview of innovation. In: LANDAU, R.; ROSENBERG, N. (Eds.). **The positive sum strategy**. Washington: National Academy of Press, 1986.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

Ranking de educação executiva. Financial Times. Disponível em: <<https://goo.gl/l6oCb9>>. Acesso em 17/04/2017.

RAUEN, C. O elemento “tradução” e o êxito na incubação de projetos tecnológicos: o caso da incubadora do Inmetro. **Revista Gestão & Conexões**, v. 3, n. 2, p. 25-46, jul./dez. 2014.

RELATÓRIO DIGITAL, SOCIAL E MOBILE DE 2015. A agência de marketing social We Are Social. Disponível em: <<http://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-social-mobile-worldwide-2015>>. Acesso em 20/02/2017.

RIBEIRO, V.; SALLES-FILHO, S.; BIN, A. Gestão de institutos públicos de pesquisa no Brasil: limites do modelo jurídico. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 3, p. 595-614, 2015.

SAITO, Hideyo. **A luta entre ricos e pobres em torno da propriedade intelectual**. Disponível em: <<https://goo.gl/bHGUak>>. Acesso 17/04/2017.

Situação da conectividade em 2015: um relatório sobre o acesso global à Internet. Disponível em: <<https://goo.gl/01pUd9>>. Acesso em 17/04/2017.

Sobrevivência das Empresas no Brasil. SEBRAE. Disponível em: <<https://goo.gl/J4yOSl>>. Acesso em 17/04/2017.

# O Direito Social ao Desporto no Brasil e a Política Nacional do Esporte, Fechando o Ciclo de uma Década com as Olimpíadas de Verão 2016

Iata Oliver

*Mestre, Bacharel em Direito, Turismo; Especialista em Direito Constitucional, Administrativo*

**RESUMO:** O Brasil implantou em 2005 a Política Nacional do Esporte, visando à universalização do acesso ao desporto e à promoção da inclusão social, como meios de se efetivar o Direito Social ao Desporto. **Objetivo:** verificar a evolução e acesso universal e duradouros ao Direito Social ao Desporto no Brasil, com a implementação de uma PNE, que em uma década promove sete dos mais importantes eventos desportivos mundiais, com enfoque nas Olimpíadas de Verão 2016, que proclamam o Olimpismo. **Problema:** Que legado a PNE deixa para o Brasil no que se refere ao avanço e ao acesso universal e duradouro ao Direito Social ao Desporto, num ciclo de uma década, quando realiza sete das mais importantes competições desportivas mundiais? **Método:** bibliográfico, documental, comparativo e histórico. **Principal resultado:** houve conquistas, mas ainda há muito que se fazer.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito Fundamental; Desporto; Inclusão social; Política Nacional do Esporte; Olimpismo.

**THE SOCIAL RIGHT TO SPORT IN BRAZIL AND ITS NATIONAL POLITICS, CLOSING THE CYCLE OF A DECADE WITH THE SUMMER OLYMPIC GAMES IN 2016**

**ABSTRACT:** Brazil implemented in 2005 the National Politics of Sports, aiming the universalization of the access to sport and the promotion of social

inclusion, as means to carry out the Social Right to Sport. **Objective:** check the evolution and lasting and universal access to the Social Right to Sport in Brazil with the implementation of a National Politics of Sports that – in a decade – promotes seven of the seven most important events worldwide, with focus on Summer Olympic Games in 2016 that proclaim the Olympism. **Problem:** Which legacy does the National Politics of Sports leave for Brazil regarding the lasting and universal access to the Social Right to Sport, in a cycle of a decade when it holds seven of the most important worldwide sport competitions? **Method:** bibliographical, documentary, comparative and historical. **Main result:** there were achievements, but there is a lot to do.

**KEY WORDS:** Fundamental Right; Sport; Social inclusion; National Politics of Sports; Olympism.

## 1 INTRODUÇÃO

O Governo Federal lançou no ano de 2005 a Política Nacional do Esporte - PNE, que teve como uma de suas pretensões consolidar um audacioso projeto, que pretendia colocar o Brasil na rota dos grandes eventos desportivos mundiais (BRASIL, 2005). Assim, uma vez que as políticas públicas têm abrangência no campo das discussões jurídicas e a PNE pretendeu promover a dignidade humana, o presente trabalho se propõe a discuti-la.

O resultado mais aparente da PNE (*op. cit.*) foi que, em uma década (2007-2016), o Brasil sediou sete das mais importantes competições desportivas mundiais, foram elas: os XV Jogos Pan-Americanos Rio 2007, os III Jogos Parapan-Americanos Rio 2007, os V Jogos Mundiais Militares Rio 2011, a Copa das Confederações Brasil 2013, a Copa do Mundo de Futebol Brasil 2014, os XXXI Jogos Olímpicos de Verão Rio 2016 e os XV Jogos Paralímpicos de Verão Rio 2016. Dentre esses megaeventos desportivos, a Copa do Mundo, realizada em doze capitais brasileiras, e as Olimpíadas, sediadas na cidade do Rio de Janeiro, são os megaeventos de maior destaque.

Nesse período muito se discutiu sobre a realização desses megaeventos no Brasil, principalmente no que se refere à infraestrutura turística e à segurança. Contudo, a discussão sobre os impactos sociais dos megaeventos não alcançou a mesma propagação pela sociedade. Portanto, deve a academia assumir a discursão, pois é importante compreender o que já foi, e ainda precisa ser feito, para que a PNE gere impactos positivos na proteção dos

direitos fundamentais quanto ao Direito Desportivo, para que seus efeitos sejam universais e duradouros.

Um ponto de partida para essa discussão é o ordenamento a seguir: a Constituição da República Federativa de 1988 - CRFB/88, que prevê no seu Art. 21 o Direito Desportivo “como direito de cada um”; a PNE, como sua primeira diretriz a: “Universalização do acesso e promoção da inclusão social”; a Carta Olímpica (COI, 2007, s.p.), um estatuto dos Jogos Olímpicos de Verão, que prevê o Olimpismo, como uma filosofia desportiva. Portanto, o governo assumiu o desafio de efetivar um direito fundamental através do desporto, que precisa de uma verificação.

Assim, o Brasil, por meio do município do Rio de Janeiro - CIDADE - e do Comitê Olímpico Brasileiro - COB ou COM -, firmou com o Comitê Olímpico Internacional - COI ou COJ - o “CONTRATO DE CIDADE-SEDE DOS JOGOS DA XXXI OLIMPÍADA NO ANO 2016”, para sediar os jogos da XXXI Olimpíada no ano 2016, que tinha como Fundamento 18:

A Cidade, o CON e o COJ promoverão os princípios e valores fundamentais de Olimpismo, o desenvolvimento do Movimento Olímpico, bem como os méritos esportivos do grande festival internacional da juventude constituída pelos Jogos, inclusive, sem limitação, seus aspectos sociais, educativos, estéticos e morais conforme aprovado pelo COI (BRASIL, 2009, p. 12).

Como se viu, o Olimpismo, o Movimento Olímpico, os méritos esportivos dos jogos, o alcance do megaevento nos “aspectos sociais, educativos, estéticos e morais”, formam o pano de fundo do festival internacional da juventude. Desse modo, se pretende uma abrangência universal, inclusive após a realização dos jogos, pois o que eles preveem é a transformação social. De tal forma, Cabo (2008, p. 146) corroborando afirma que “os Jogos Olímpicos e a Copa do Mundo tornaram-se espetáculos indiscutivelmente globalizados e universais”. Porém, esses megaeventos não são apenas espetáculos para o mundo ver, pois precisam cumprir a sua função social interna e externa, e então demonstrar o poder do Estado de desenvolver uma política de acesso do povo ao Direito Social ao Desporto.

Assim, a pesquisa teve como **Objetivo Geral** investigar a evolução e acesso universal e duradouros ao Direito Social ao Desporto no Brasil, com a implementação da PNE, que em uma década promove sete dos mais importantes eventos desportivos mundiais, com enfoque nas Olimpíadas

de Verão 2016, que proclamam o Olimpismo. E como **Objetivos Específicos**: Analisar como o desporto é tocado pela dignidade humana; avaliar o desempenho do Brasil no *Ranking* oficial do COI no desporto de alto rendimento nos seus aspectos histórico, econômico-geográfico; verificar como o desporto pode promover inclusão social nas modalidades escolar, de alto rendimento e paralímpicos. Alcançado o objetivo, foi possível responder à seguinte **questão problema**: Que legado a PNE deixa para o Brasil no que se refere ao avanço e a ao acesso universal e duradouros ao Direito Social ao Desporto, num ciclo de uma década, quando realiza sete das mais importantes competições desportivas mundiais?

O método empregado na presente pesquisa foi um estudo bibliográfico, documental, comparativo e histórico que investigou se a dignidade humana é atualmente garantida por meio do acesso universal e duradouro ao desporto desenvolvido nas modalidades escolar, de alto rendimento e paralímpico, corroborando com o Olimpismo. Seus resultados são apresentados a seguir.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Desporto e Dignidade Humana

A variação dos conceitos de Desporto e Esporte no Brasil não é usualmente aplicada, havendo predominância do termo esporte como gênero. Assim, Lira Filho (1973), após fazer uma análise dos diversos termos e suas aplicações, preferiu o arcaísmo e recomenda que seja feita a devida distinção, inclusive sob o argumento de que essa distinção é feita nos documentos públicos, como a Constituição Federal, Leis e Decretos (1973). Observa-se ainda que a CRFB/88 mantém esse estilo da Constituição anterior mencionada por Lira Filho (*op. cit.*), sendo então atual à percepção desse autor.

Nesse sentido, Quadro (2007, p. 19) define o desporto como uma “[...] manifestação humana de competição simbólica realizada por meio da atividade física (corporal e mental), praticada socialmente e estruturada sobre um conjunto de regras”. Já no esporte, inexistente a competição por meio de regras e arbitragem, enquanto no desporto, verifica-se a existência sempre de um intuito competitivo, juridicamente regulado, assim complementa e confirma Schmitt (2008). Ademais, compreende-se que o desporto pode ainda ser classificado como de alto rendimento, escolar ou de base e

paralímpico. Essas espécies estão umbilicalmente interligadas, pois ambas se servem reciprocamente: o desporto de alto rendimento incentiva a prática do escolar, esse, por sua vez, serve como campo de germinação para novos talentos àquele, gerando um círculo virtuoso, essa dinâmica também ocorre com o desporto de alto rendimento e paralímpico.

Destarte, conforme explica Miranda (2011, p. 87), visando a proteger os princípios e as finalidades desportivas e a fim de se promover o bem comum, preservando-se, dessa forma, a ordem geral e a paz social ameaçadas num mundo acirrado por conflitos, especialmente no período pós Segunda Guerra, o Estado assume o desporto como algo relevante no âmbito jurídico-estatal. Esse sistema protetivo ocorre especialmente considerando o interesse social, educacional, cultural e comercial, sendo fundamental a regulamentação estatal. Assim, o Estado o positiva constitucionalmente.

Nesse sentido, Bueno (2008, p. 48) ensina que “nos últimos cinquenta anos, o desporto passou a ser pensado e organizado de forma progressivamente centralizada pelos governos, atendendo a objetivos estratégicos políticos e sociais, reconhecendo e incorporando o desporto como área distinta de política pública”. Como se vê, o Direito Desportivo é matéria nova em todo o mundo, a sua primeira aparição constitucional se deu na Carta de 1968 da antiga República Democrática Alemã. Seguindo esse exemplo, a década de 1970 marca a inclusão do desporto como matéria constitucional em diversos países como: Bulgária em 1971, China em 1975, Grécia em 1975, Portugal em 1976, então União Soviética em 1977, Espanha em 1978 *etc.* (MIRANDA, 2011).

No caso brasileiro, o desporto surge tardiamente como matéria constitucional. A disciplina estreia na CRFB/88, embora já encontrasse amparo infraconstitucional. Sua previsão está no título VII - Da Ordem Social, em seção própria, denominada de: Seção III - Do Desporto. No artigo 217: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um [...]”. Cujas Constituição, positivou o direito de cada cidadão ao desporto e ao esporte, que o Estado participa com o dever de promovê-lo.

Então, é válido fundamentar com o poder/dever do Estado de garantir o Direito Social ao Desporto, devendo o governo democratizar o seu acesso, principalmente entre crianças e adolescentes em idade escolar, fortalecendo a sociedade e legitimando a justiça e a cidadania, conforme se extrai da CRFB/88, no seu artigo 217, supracitado. Esse “direito de cada



um” deve ser o desporto que socializa, ressocializa, profissionaliza, por fim, educa, forma e transforma pessoas em cidadãos.

Assim, Araújo e Nunes Junior demonstram que

A Constituição, no capítulo - Da Ordem Social, onde estão concentrados os direitos que têm por propósito o resgate da dignidade humana para todos os cidadãos, prevê o direito ao desporto. Os direitos sociais objetivam a formação do ser humano integral: agente da sociedade, das relações de trabalho, construtor do mundo moderno e, ao mesmo tempo, um ser relacional, humano, que desse modo, deve integrar sua vida com o lazer, o convívio familiar e a prática desportiva (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2014, p. 497).

Como visto, o direito ao desporto passa a ser também uma questão de dignidade humana. Destarte, Moraes (2013, p. 27) descreve que se "trata de direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do século XX". Complementando, Pinho (2015, p. 60) considera que "o direito ao desporto é indispensável à pessoa humana, pois garante a todos uma existência digna, livre e igual".

Em relação à dignidade humana, essa tem seu berço secular na filosofia e constitui um *valor*, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso, e se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como cidadania, justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna a justificação moral dos direitos fundamentais do homem, e que dela não se deve desgarrar, ao menos até que a sociedade se torne tão evoluída que dispense ou ultrapasse tal conceito (BARROSO, 2010).

Nesse íterim, Barroso (2010) apresenta uma proposta utilizável ao analisar um bem jurídico com o fito de identificar se esse bem se refere ou não à dignidade humana. Para ele, deve-se partir da análise de ao menos um desses três valores: a autonomia da vontade, o valor intrínseco da pessoa humana e o valor comunitário. Estes dois melhor representam o Direito Social ao Desporto. Ainda Barroso (*op. cit.*) complementa que o valor intrínseco da pessoa humana trata da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. Um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a comunicação (pela palavra, pela arte, [pelo desporto]) são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular.

O valor comunitário abriga como elemento social a dignidade, do indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destaca a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade (BARROSO, 2010). Aqui que se situa a dimensão desportiva da dignidade, abrangendo diferentes aspectos de proteção ao Direito Social ao Desporto, especialmente quando um indivíduo se torna uma referência desportiva no grupo, tratado mais profundamente à frente.

Assim uma pessoa, para se tornar um atleta, precisa desenvolver os valores mencionados acima, como as inteligências necessárias ao esporte: inteligência emocional, inteligências múltiplas, inteligência interpessoal, intrapessoal; inteligência social (MELO; OLIVER, 2014); Esses valores se incorporam na vida do atleta, tornando-se sua filosofia de vida, “ultrapassando as fronteiras das arenas” (COB, 2016, s.p.)

Canotilho (2003) ressalta que o sistema normativo de Direito não constitui, por óbvio, a dignidade humana. O que ele pode é, tão somente, reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas, a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua instituição. Desse modo, como ensina a ministra da Suprema Corte, Carmem Lúcia (ROCHA, 1999, p. 26) “a dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma no sentimento de justiça, que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as suas vocações e necessidades”. De onde se extrai que ainda que o Brasil tenha uma “Constituição Cidadã”, mesmo que tardia, mais tardia é a necessidade de efetivá-la. Logo, esse é o momento, especialmente no que se refere ao Direito Social ao Desporto, que depende de políticas públicas de qualidade para efetivá-lo.

## 2.2 As Políticas Públicas Desportivas do Brasil após a CRFB/88

A inclusão social, que tanto reclama a sociedade em seus diversos segmentos, também pode ser promovida pelo desporto como demanda a dignidade humana, mas só é possível ser alcançada por meio de políticas públicas de qualidade. Desse modo, o conceito de políticas públicas é aqui entendido como uma estratégia de intervenção e regulação do Estado (e daqueles que o administram), que objetiva alcançar determinados resultados

ou produzir certos efeitos no que diz respeito a um problema ou a um setor da sociedade (MENICUCCI, 2006). Corroborando, Rua assim define como “intervenções governamentais que resultam de intensa atividade político/burocrática e que representam decisões e ações revestidas da autoridade soberana do poder público” (RUA, 1997 *apud* MENICUCCI, 2006, p. 142).

Nesse sentido, as políticas públicas servem para promover os direitos sociais, cujos pressupõem:

A garantia e provisão, por parte do Estado, de políticas capazes de dar suporte ao bem-estar de todos os cidadãos. Os conteúdos ou áreas sociais implicadas na promoção do bem-estar social constituem direitos mínimos e universais, conquistados historicamente. Devem ser compreendidos como uma construção decorrente dos múltiplos conflitos e interesses que legitimam as chamadas democracias capitalistas contemporâneas (LINHALES, 1998, p. 73).

Dentre as políticas públicas estão aquelas diretamente relacionadas ao âmbito do desporto e também aquelas que indiretamente interferem nessa esfera social. Nesse sentido, é importante entender como são desenvolvidas as políticas públicas no Brasil. De início, Starepravo (2006) ensina que o Estado age setorialmente, transformando a ação dos agentes, concedendo condições diferenciadas de interlocução e diálogo ou distribuindo de forma não uniforme os recursos financeiros, conforme o campo prioritário eleito pelo Estado. Assim, a política pública é concebida a partir da lógica que ele adota, produzindo um conjunto de normas, organizações, técnicas e recursos de poder que a implementarão. As relações entre Estado e sociedade são complexas, diversas e mediadas por uma série de questões relacionadas a cada política e grupo social, sendo central o papel dos atores no resultado final.

Nesse sentido, é fundamental investigar as forças que definem os rumos de uma política pública, em relação a uma estratégia de intervenção estatal qualquer. Assim, para compreender as políticas públicas no Brasil, é necessário que se faça uma retroação mínima, que neste caso adotou-se a CRFB/88, que inaugura uma nova era política e jurídica no país.

Inicialmente, vale notar que, conforme definido no artigo 170 da CRFB/88, o Estado brasileiro é capitalista entendido de maneira ampla, dispensando definições mais apuradas do que seria este Estado: se democrático liberal, se social democrático etc., o que vale mesmo é reconhecer que

o Estado brasileiro é capitalista, mesmo quando tenta ser social, de acordo segue explicado.

Conforme testemunha Starepravo (*op cit*), a Assembléia Nacional Constituinte foi altamente pressionada pelos interesses privados para que o desporto fosse liberalizado, desatrelando-se do Estado. Assim a CRFB/88 separou o tratamento do desporto profissional e não profissional, ou esporte e ainda cria a Justiça Desportiva, conforme “Art. 217. III; IV § 2<sup>a</sup>” (BRASIL, 1988). Esse tratamento diferenciado restringe ao Estado o dever de “fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um”, nos termos do Art. 217 *caput* da CRFB/88. Com isso, o capital amplia seus interesses em explorar o desporto de alto rendimento no Brasil. Essa questão refletirá nas políticas de desporto pós-CRFB/88, sendo os interesses privados ou profissionais os primeiros a serem desenvolvidos.

Para explicar a lógica da tensão entre o Estado e os interesses antagônicos acima mencionados, Claus Offe (1984), sociólogo alemão, ensina que o Estado atua como regulador das relações sociais a serviço da manutenção das relações capitalistas em seu conjunto, e não especificamente a serviço dos interesses do capital – a despeito de reconhecer a dominação deste nas relações de classe. A lógica de Offe (*op cit*) contribui, sobretudo, na justificação dos contornos da CRFB/88 e da legislação infraconstitucional subsequente, pois se assim não fosse, como explicar que se trata de uma Constituição Cidadã? Seguindo a lógica justificante de Offe (*op cit*), os primeiros anos pós-CRFB/88 para o desporto foram voltados à formação de uma legislação infraconstitucional, alinhada às demandas relativas ao desporto de maior influência no Brasil, o futebol, que detinha um monopólio no gosto popular no Brasil, mas, sobretudo, por ser o desporto de maior poderio econômico no mundo.

Assim, a década de 1990 foi marcada, por duas leis, a Lei n<sup>a</sup> 8.672/93 (Lei Zico), que veio a ser substituída pela Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé) capitaneadas por ex-jogadores de futebol, de muito prestígio, que emprestaram seus nomes às respectivas leis ao assumirem pastas especiais para o desenvolvimento de políticas públicas desportivas. A Lei Pelé também veio a ser substituída pela Lei n. 10.264/01 (Lei Angelo-Piva), que dá os primeiros passos no sentido de expandir a regulamentação do Estado para outros tipos de desporto.

O governo também cria em 1996 o Programa Mobilização da Sociedade pela Ação Desportiva Comunitária. Trata-se de uma política pública de

cunho social. Contudo, Veronez (2005), ao analisar as políticas públicas do Governo Federal entre os anos de 1996-1999, apontou que houve um fraco desempenho na execução das ações, recorrentes de questões tais como: a falta de estrutura e recursos humanos, contingenciamento e liberação tardia de recursos financeiros para a celebração de convênios. O que não se viu nas ações referentes ao desporto de alto rendimento. Como consequência, os índices de execução das ações do segundo ao último ano analisados, em algumas ações implementadas, como a realização de competições nacionais e internacionais, atingiram mais de 300% das metas estabelecidas (VERONEZ, 2005). Assim, esse período representou o marco do rompimento tutelar do esporte com o Estado; garantiu a autonomia das instituições esportivas, ou sua “liberdade organizativa”; especialmente os times de futebol, e estabeleceu uma nova configuração do desporto nacional (LINHALES, 1996).

Essa política pública de promoção do futebol comercial se explica pelo neoliberalismo. Assim, o Governo cuidou apenas de regulamentar as leis de que o mercado necessitava. Conforme explica Höfling (2001),

Para os neoliberais, as políticas (públicas) sociais – ações do Estado na tentativa de regular os desequilíbrios gerados pelo desenvolvimento da acumulação capitalista – são consideradas um dos maiores entraves a este mesmo desenvolvimento e responsáveis, em grande medida, pela crise que atravessa a sociedade. A intervenção do Estado constituiria uma ameaça aos interesses e liberdades individuais, inibindo a livre iniciativa, a concorrência privada, e podendo bloquear os mecanismos que o próprio mercado é capaz de gerar com vistas a restabelecer o seu equilíbrio. Uma vez mais, o livre mercado é apontado pelos neoliberais como o grande equalizador das relações entre os indivíduos e das oportunidades na estrutura ocupacional da sociedade (HÖFLING, 2001, p.37).

Contudo, é chegado o século XXI e logo depois o país muda o perfil político do seu governo federal e as políticas públicas passam a receber nova influência, agora temperada com o social. Nesse novo contexto histórico, o novo governo cria o Ministério do Esporte-ME, sinalizando a importância que o desporto passa a tomar. Com uma pequena estrutura administrativa e o menor orçamento dentre todos os ministérios, o ME tem o desafio de fomentar políticas públicas de desporto educacional, desenvolvidas de forma

abrangente e continuada, para que seus resultados pudessem ser avaliados e mensurados quanto à qualidade, eficácia e efetividade de seus objetivos, e ainda avançar no desporto de alto rendimento.

Assim, para atender ao desporto escolar ou de base, o Governo Federal cria o Programa Orçamentário Vivência e Iniciação Esportiva Educacional – Segundo Tempo, que estabelece alianças e parcerias institucionais, mediante a descentralização da execução orçamentária e financeira para governos estaduais e municipais, organizações não governamentais e entidades nacionais e internacionais sem fins lucrativos. O ME desenvolve também programas e ações como: Descoberta do Talento Esportivo; Bolsa-Atleta; organização de jogos com certa periodicidade, como Jogos da Juventude, Olimpíadas Escolares, Olimpíadas Universitárias; e outras competições pontuais (ALMEIDA, 2010; FILGUEIRA; PERIM; OLIVEIRA, 2009).

Destarte, no momento em que o Estado é obrigado a atender interesses muito mais abrangentes, e não mais, de forma exclusiva, a interesses privados daqueles que reconhecidamente o controlavam, a sua função cresce em importância para a sociedade. Assim, o Estado adquire outras obrigações, devendo solucionar diversos problemas e atender variadas demandas sociais, a fim de promover o desenvolvimento nacional e assegurar a ordem social, atendendo a todos os setores sociais (CARNOY, 1990).

Ademais, a mudança nos rumos da política brasileira foi comandada por uma força popular, mas permitida pelo capital, num “novo pacto social” (OFFE, 1984), que determinará as políticas públicas desse novo tempo. Conforme OFFE (1984) explica a dinâmica de um pacto social.

Para a explicação da trajetória evolutiva da política social, precisam ser levadas em conta como fatores causais concomitantes tanto *exigências* quanto *necessidades*, tanto problemas da *integração social* quanto problemas da *integração sistêmica* (Lockwood), tanto a elaboração política de *conflitos de classe* quanto a elaboração de *crises do processo de acumulação*. (OFFE, op. cit., p. 36)

Nesse contexto, o Governo Federal amplia sua ação e cria a PNE, que agrega todos esses programas acima citados e cria outros. A PNE foi desenvolvida sob o contexto de uma economia globalizada, que o Brasil avançava no comércio mundial, com um projeto crescente de sua economia, que continha o interesse político de se consolidar como um líder internacional das

economias emergentes e da América do Sul. Assim, dentre as diversas metas da PNE, a mais audaciosa foi a consolidação de um projeto, que pretendia colocar o Brasil na rota dos grandes eventos desportivos mundiais, atendendo a interesses econômicos e sociais (BRASIL, 2005). Logo, a PNE se lança com o propósito de atrair os mais importantes megaeventos desportivos mundiais, conforme já listados.

Contudo, não basta apenas sediar e produzir os eventos, é importante também ter bom desempenho desportivo nos eventos e bom desempenho social de modo geral. Nesse sentido, o Brasil contou com um programa social que confere bolsas aos atletas, promovendo as condições mínimas que eles precisavam, até que ganhassem visibilidade e gerasse interesse aos patrocinadores. Trata-se do programa Bolsa Atleta, distribuído em seis categorias: Atleta de Base, Estudantil, Nacional, Internacional, Olímpico/Paralímpico e Pódio. O apoio foi implementado no ano de 2005 e fez parte da PNE 6.152 atletas do País. Considerado o maior programa de patrocínio individual do mundo, o apoio foi implementado em 2005 e faz parte da PNE, com mais de 43 mil bolsas concedidas para mais de 17 mil atletas, sendo considerado o maior programa de patrocínio individual do mundo. Durante o exercício de 2015, o programa patrocinou 6.152 atletas do país (BRASIL, 2016).

Vale ressaltar que essa política pública representada pela PNE é fruto de um governo popular que estabeleceu “pactos sociais”. Assim, visando a efetivar o Direito Social ao Desporto a PNE (BRASIL/ME, 2005) tem como primeira diretriz a: “Universalização do acesso e promoção da **inclusão social**” (grifo nosso), que corrobora com a Carta Olímpica (COI, 2007, s.p.). Essa, uma espécie de carta magna, principiológica dos jogos olímpicos e paralímpicos, e que inspira diversas competições desportivas mundiais, promovendo o Olimpismo.

O Comitê Olímpico Brasileiro assim explica o Olimpismo:

Herdada dos Jogos Olímpicos da Grécia Antiga, a filosofia utiliza o esporte como instrumento para a promoção da paz, da união, e do respeito por regras e adversários. As diferenças culturais, étnicas e religiosas são de grande importância nesta forma de pensar baseada na combinação entre esporte, cultura e meio ambiente.

O objetivo é **contribuir na construção de um mundo melhor, sem qualquer tipo de discriminação, e assegurar a prática esportiva como um direito de todos.**

A educação, a integração cultural e a busca pela excelência através do esporte são ideais a serem alcançados. O Olimpismo tem como princípios a amizade, a compreensão mútua, a igualdade, a solidariedade e o “fair play” (jogo limpo). Mais que uma filosofia esportiva, o Olimpismo é uma filosofia de vida. A ideia é que a prática destes valores ultrapasse as fronteiras das arenas esportivas e influencie a vida de todos (COB, 2016, s.p.) (grifo nosso).

Vê-se que o Olimpismo é uma filosofia de vida, que pretende contribuir para a construção de um mundo melhor. Logo, demanda ser incorporado socialmente. Destarte, a Carta Olímpica apregoa que o objetivo do Olimpismo é “promover sempre o desporto a serviço do desenvolvimento harmônico do homem, com o fim de favorecer o estabelecimento de uma sociedade pacífica e comprometida com a manutenção da dignidade humana” (tradução nossa) (COI, 2007, s.p.). Logo, pode-se concluir que a proteção da dignidade humana pode ser efetivada por meio da prática desportiva inclusiva, e por que não dizer, também esportiva, isso não apenas nos Jogos Olímpicos, mas em todas as competições desportivas e em todo meio que possa gerar influência a um mundo melhor.

Dessa mesma forma também entendia o Barão de Coubertin<sup>1</sup> (*apud*, JUCA, 2000), que dedicou grande parte da sua vida e fortuna ao resgate da tradição grega dos jogos olímpicos, recriando-o sob o nome de Jogos Olímpicos da Era Moderna com o lema de que “todos deverão participar das atividades desportivas sem distinções de país, pessoa, cor, religião ou ideias políticas”. Assim, conforme os ensinamentos de Coubertin (*op. cit.*), interpreta-se que: os jogos devem ser realizados em todas as regiões do planeta, como ocorreu na edição da Olimpíada Rio 2016, que embora tardiamente, pela primeira vez o megaevento foi sediado no hemisfério sul; todos também se refere a qualquer povo, inclusive a delegação de refugiados, formada pela primeira vez na edição Rio 2016, que competiram pela bandeira olímpica e não pela de seus países; por todos pode se ler também os atletas

---

<sup>1</sup> Pierre de Frédy, mais tarde Barão de Coubertin, nasceu em Paris a 1 de Janeiro de 1863.



paralímpicos, que são titulares do direito ao acesso universal ao desporto; ou ainda por todos deve-se compreender os atletas já consagrados e os atletas de base, estes, talentos a serem descobertos, que dependem do desporto escolar para se desenvolverem; e por fim a população em geral, os espectadores do festival, sendo a cerimônia de abertura o evento que gera a maior audiência nas televisões de todo o mundo, cerca de 1/3 da população do planeta assiste. Contudo, será uma política pública capaz de transformar uma sociedade?

Ao fim desse tópico, resultou claro que o discurso democrático nem sempre corresponde à prática das interações humanas, alguns segmentos da sociedade permanecem à margem, discriminados, exigindo ordenamentos sociais específicos, pois outros segmentos, com forte poder econômico sufocam os interesses sociais. Portanto, uma democracia só se efetiva ao permitir acesso e acessibilidade aos que estão de fora do contexto social, criando uma ideia de trama, de tecido. O que implica no entrelaçamento entre as diferenças humanas, o contato e o compartilhamento de singularidades. No entanto, esse cenário desejado, esbarra na necessidade de reforma do pensamento humano, de modo que cada cidadão possa ser capaz de conviver com o outro, com alteridade, em meio à diferença, como condição à dignidade humana, em prol de seus direitos à vida, ao trabalho, à escolarização, à inserção social. Nesse sentido, vale se debruçar numa análise mais aproximada dos segmentos desportivos que ainda tentam se consolidar nas políticas públicas nacionais, ou seja, o desporto escolar e o paralímpico.

## 2.3 Os tipos desportivos em desenvolvimento

Tratar de desporto de alto rendimento, com atletas bem-remunerados, exibindo seu corpo de Apolo ou Afrodite, conquistando medalhas e quebrando recordes mundiais da natureza humana é algo fácil, lúdico e prazeroso. Contudo, é preciso tratar de outros aspectos desportivos, em especial o escolar ou de base, e o paralímpico, para falar apenas dos principais.

### 2.3.2 Desporto escolar ou de base

Fazendo um mergulho no legado do idealizador dos Jogos Olímpicos da Era Moderna, Juca (2000) diz que a perspectiva coubertiana sobre o desporto ultrapassa a competição, pois é essencialmente educativa, aspecto que o Barão desenvolveu largamente no sistema educativo francês. Nesse sentido, Saura (1996, *apud* TEIXEIRA, 2007) conceitua o desporto escolar como uma atividade física realizada num período concreto no que à idade, mais preci-

samente até os 15-16 anos e que ocorre em horário extracurricular, devendo atender às características da criança, com finalidades educativas e que tenham repercussões no âmbito fisiológico, cognitivo, afetivo, motor e social.

Ademais, como já demonstrado, a PNE (BRASIL/ME, 2005) tem a inclusão social como objetivo principal na sua primeira diretriz. Legitimando, o próprio Governo Federal, por meio do Ministério da Educação, este a quem também se vincula a PNE, entende por inclusão:

A garantia, a todos, do acesso contínuo ao espaço comum da vida em sociedade, sociedade essa que deve estar orientada por relações de acolhimento à diversidade humana, de aceitação das diferenças individuais, de esforço coletivo na equiparação de oportunidades de desenvolvimento, com qualidade, em todas as dimensões da vida (BRASIL/ME, 2001, p. 8).

Portanto, o desporto escolar é um tema transversal da educação com impacto em diversas áreas sociais, constituindo-se como um instrumento essencial para a promoção da saúde, inclusão social, combate ao insucesso e abandono escolar, combate à violência e ao uso de drogas (FREIRE, 2010; DUBOW, KELLY, 2003). Também, tratando sobre o desporto escolar, Santos (2000) considera que esse, quando adequadamente desenvolvido, pode promover inúmeras competências, tais como a autoestima, a capacidade de autocontrole, a cooperação, a coesão, o trabalho de equipa, entre outras, proporcionando uma adequada adaptação e integração e, conseqüentemente, permitindo uma mais facilitada compreensão e atuação no contexto de inclusão social.

Nesse sentido, o desporto escolar apresenta-se como um instrumento didático para ser aplicado com esses jovens, pois lhes apresenta regras; ensina princípios, saber ganhar ou perder, o respeito ao direito alheio, a competição ética, que são todos elementos necessários à formação cidadã de pessoas que poderão construir um mundo melhor.

### 2.3.3 Desporto paralímpico

Por toda a história da humanidade, pessoas com deficiências PCD eram destinadas à separação, ao isolamento, à incapacidade até a sociedade começar a mudar esse entendimento, e os jogos paralímpicos são um fator social importante nesse sentido, pois promovem uma mudança de interação entre as PCD e a sociedade. Ocorrendo então a transformação da visão social sobre as PCD, abandonando-se o paradigma de incapacidade física, dando lugar à autonomia.

O desporto paralímpico nasceu de iniciativas oriundas da Inglaterra e Estados Unidos na década de 1940, que organizaram práticas e competições voltadas à participação de veteranos da Segunda Guerra Mundial com lesões medulares. Essa iniciativa se deu porque o esporte foi utilizado como parte do processo de reabilitação desses soldados de guerra (ARAÚJO, 1997).

Sobre a migração do esporte na reabilitação de traumas para o jogo paralímpico Gorgatti (2013) afirma que:

O esporte para pessoas com algum tipo de deficiência iniciou-se como uma tentativa de colaborar no processo terapêutico delas e logo cresceu e ganhou muitos adeptos. Atualmente mais do que terapia o esporte para esta população caminha para o alto rendimento, e o nível técnico dos atletas impressiona cada vez mais. (GORGATTI, 2013, p. 532).

Assim, em 1948, no Hospital de Stoke Mandeville, Inglaterra, o médico Ludwig Guttmann organizou o I Jogos de Stoke Mandeville, em modalidade paralímpica. Esse evento ganhou relevância internacional na sua segunda edição, em 1952. Com o crescimento de sua abrangência, em 1960, foram organizados os Primeiros Jogos Paraolímpicos, em Roma, Itália, cidade sede dos Jogos Olímpicos daquele ano (ARAÚJO, 1997).

Os Jogos de Stoke Mandeville, em 1948, contaram com a participação de 16 atletas; a primeira edição dos Jogos Paraolímpicos, em 1960, contaram com a participação de 400 (ARAÚJO, 1997); e os Jogos Paralímpicos de Verão Rio 2016 contaram com a participação de mais de 4 mil atletas (COI, 2016). Nesse quadro, verifica-se que, em sete décadas de existência, os jogos paralímpicos tomaram uma dimensão cada vez maior, traduzindo-se num valor social com a mesma expressão.

Com o tempo, a realização de jogos paralímpicos toma caráter de política pública, com aspectos de inclusão social. Contudo, a construção de uma sociedade inclusiva, nesse contexto já quase secular, não é tarefa fácil. De igual modo e dificuldade é a tarefa de um Estado ao implantar uma política pública que visa a garantir acesso universal e duradouro a direitos fundamentais aos seus cidadãos.

Nesse sentido, é importante conhecer dois pontos que se fazem fundamentais para compreender possíveis lacunas sobre os jogos paralímpicos. Na visão de Marques (2016), são eles: Um diz respeito ao sentido empregado na prática desportiva. O desporto, por si só, não é inclusivo. Depende da

forma como ele é apresentado aos praticantes e conduzido por eles. Quando o objetivo central da disputa é apenas elencar campeões, com regulamentos e exigências de rendimento obrigatório sem adequações às capacidades dos participantes, ele pode ser excludente. Existem chances maiores de engajamento e desenvolvimento das potencialidades dos praticantes quando a intenção é a promoção do prazer e do aprendizado em vivências ressignificadas, com regras de disputa modificadas para privilegiar a participação, e não apenas o resultado (MARQUES, 2016).

O outro aspecto reside na forma como a sociedade ainda considera e valoriza os desportistas com deficiência. Há desconforto em relação ao discurso *supercrip*. Uma forma de abordar as PCD, que destaca a necessidade e capacidade de superação, por parte dessas pessoas, sobre as dificuldades oriundas da deficiência. Esse discurso é muito comum na mídia desportiva, quando destaca não o desempenho atlético do sujeito, mas sim o fato de ele ser um herói, por ser PCD, e ainda assim conseguir feitos desportivos. Tal discurso considera as PCD como pessoas diferentes, distanciando-as das demais, simbolizando uma forma de discriminação velada, que precisa ser mudado, pois ainda não representa a inclusão social digna da pessoa humana (MARQUES, 2016).

Enfim, desde a criação dos jogos paralímpicos, esses tomaram um sentido cada vez mais inclusivo e socializador, numa expressão de Olimpismo e Direito Fundamental da Pessoa Humana. Logo, construindo-se o desporto como o um direito “paratodos”, que revela e inspira heróis desportivos.

### 3 DISCUSSÃO E ANÁLISE DO RESULTADO

Os megaeventos desportivos só serão realmente significativos para o Brasil se houver uma articulação social e política que resulte numa ampliação do acesso ao Direito Social ao Desporto, devendo esse avanço se perpetuar no período pós-eventos. Assim, ao sediar um megaevento desportivo, o país não deve ter só como interesse o foco do evento em si, mas também as oportunidades que eles podem gerar ao desenvolvimento social do país, escolar, de alto rendimento e paralímpico.

Ademais, a evolução social esperada não é gratuita nem é automaticamente garantida. É preciso que haja uma análise e discussão dos princípios que estruturam a PNE instalada para a realização dos megaeventos; dos caminhos traçados para a realização desses e da legislação que garantiu a sua realização. Cabe então agora se discutir internamente como tornar univer-

sais e duradouros os ganhos da PNE. Nesse sentido, é importante realizar algumas análises sobre o desempenho do Brasil nas Olimpíadas.

### 3.1 Desporto de alto rendimento: Análise de desempenho do Brasil no *Ranking* oficial do COI

#### 3.1.1 Países sede de olimpíadas

A seguir a tabela de medalhas - *Ranking* oficial do COI, dos países sede das Olimpíadas nos últimos jogos, que assim será analisado.

**Tabela:** DESEMPENHO DOS PAÍSES SEDE DE OLIMPÍADAS POR NÚMERO DE MEDALHAS E POSIÇÃO<sup>2</sup>

	Seul 1988	Barcelona 1992	Atlanta 1996	Sydney 2000	Atenas 2004	Pequim 2008	Londres 2012	Rio 2016
Coréia do Sul	33 - 4 <sup>a</sup>	29 - 7 <sup>a</sup>	27 - 10 <sup>a</sup>	28 - 12 <sup>a</sup>	30 - 9 <sup>a</sup>	31 - 7 <sup>a</sup>	28 - 5 <sup>a</sup>	21 - 8 <sup>a</sup>
Espanha	4 - 25 <sup>a</sup>	22 - 6 <sup>a</sup>	17 - 13 <sup>a</sup>	11 - 25 <sup>a</sup>	19 - 20 <sup>a</sup>	18 - 14 <sup>a</sup>	17 - 21 <sup>a</sup>	17 - 14 <sup>a</sup>
EUA	94 - 3 <sup>a</sup>	108 - 2 <sup>a</sup>	101 - 1 <sup>a</sup>	97 - 1 <sup>a</sup>	103 - 1 <sup>a</sup>	110 - 2 <sup>a</sup>	104 - 1 <sup>a</sup>	121 - 1 <sup>a</sup>
Austrália	14 - 15 <sup>a</sup>	27 - 10 <sup>a</sup>	41 - 7 <sup>a</sup>	58 - 4 <sup>a</sup>	49 - 4 <sup>a</sup>	46 - 6 <sup>a</sup>	35 - 10 <sup>a</sup>	29 - 10 <sup>a</sup>
Grécia	1 - 46 <sup>a</sup>	2 - 26 <sup>a</sup>	8 - 16 <sup>a</sup>	13 - 17 <sup>a</sup>	16 - 15 <sup>a</sup>	4 - 59 <sup>a</sup>	2 - 75 <sup>a</sup>	6 - 26 <sup>a</sup>
China	28 - 11 <sup>a</sup>	54 - 4 <sup>a</sup>	50 - 4 <sup>a</sup>	59 - 3 <sup>a</sup>	63 - 2 <sup>a</sup>	100 - 1 <sup>a</sup>	87 - 2 <sup>a</sup>	70 - 3 <sup>a</sup>
Reino Unido	24 - 12 <sup>a</sup>	20 - 13 <sup>a</sup>	15 - 36 <sup>a</sup>	28 - 10 <sup>a</sup>	30 - 10 <sup>a</sup>	47 - 4 <sup>a</sup>	65 - 3 <sup>a</sup>	67 - 2 <sup>a</sup>
Brasil	6 - 24 <sup>a</sup>	3 - 25 <sup>a</sup>	15 - 25 <sup>a</sup>	12 - 52 <sup>a</sup>	10 - 16 <sup>a</sup>	15 - 23 <sup>a</sup>	17 - 22 <sup>a</sup>	19 - 13 <sup>a</sup>

Fonte: Tabela montada pelo pesquisador a partir de dados do COI (2016)

Da leitura feita sobre a tabela acima, percebe-se que as primeiras posições são ocupadas pelos países desenvolvidos, salvo poucas exceções. Desse modo, Entende-se que esse desempenho serve de indicativo ao desenvolvimento das políticas públicas que garantem o acesso amplo e duradouro ao Direito Social ao Desporto nesses países.

Como exemplo de uma política pública bem-sucedida, tem-se o Reino Unido, que se supera e em vinte anos passa de uma para 67 medalhas, ocupando agora a segunda posição. Esse feito só foi possível com a implementação de uma política pública de base, em que o país investe em todas as modalidades, prospectando talentos e apoiando o seu desenvolvimento, mudando assim a realidade desportiva dos seus jovens (COI, 2016).

Já o Brasil, desde quando lançada a PNE, alcançou uma pequena evolução em Londres se comparado a Pequim, saindo de 15 para 17 medalhas.

<sup>2</sup> A posição é resultado da soma de pontos das medalhas conquistadas nos Jogos Olímpicos de Verão.

Ocorre que se esperava uma grande evolução, fazendo de Londres um “trampolim” para alcançar as metas do COI para o Rio: “ficar até a 10<sup>a</sup> posição nos Jogos Olímpicos e até a 5<sup>a</sup> nos Jogos Paralímpicos, tornando-se uma potência olímpica em 2016, a exemplo da Austrália, China e Reino Unido quando se preparavam para sediar o evento” (COI, 2016).

Verifica-se que o Brasil teve um desempenho tímido de Seul até o Rio, pois o país saiu da 22<sup>a</sup> posição em Londres para a 13<sup>o</sup> no Rio. Com isso, apesar da evolução, o país não alcançou a meta COI (COI, 2016). Assim, é preciso avançar ainda mais, solidificar a política pública de incentivo ao esporte e melhorar esse resultado, o que é possível após a realização do evento, como ocorreu no Reino Unido e EUA.

O tímido desempenho do Brasil nos Jogos Olímpicos de 2016 é resultado da negligência à diretriz 18 do contrato firmado com o COI e da CF/88, no seu art. 217, quanto ao poder/dever do Estado de fomentar práticas desportivas como direito de todos.

Por fim, observa-se que na quase totalidade os países têm melhora gradativa quanto ao próprio histórico, no período em que se prepara para sediar a Olimpíada de verão, alcançando o ápice no evento que sedia, mas retraindo em seguida, e o desempenho brasileiro seguiu essa tendência. Nos jogos do Rio, o Brasil fez a sua melhor campanha dentre todas que já participou: bateu alguns próprios recordes; conquistou o maior número de modalidades no pódio; conquistou também a melhor posição no quadro geral; a maior quantidade de medalhas; a primeira medalha em algumas modalidades, especialmente aquelas em que o país não tem tradição. Assim, deve-se cuidar para que a retração não ocorra, pois o Reino Unido já provou que isso é possível e a realidade brasileira não deixa dúvida de que isso é necessário.

### **3.1.2 Análise econômico-geográfica do Brasil nos dois últimos Jogos de Verão**

Há ainda outros modos de se analisar o desempenho dos países em Olimpíadas: por Medalha X Produto Interno Bruto - PIB, o Brasil ocupou em Londres a 70<sup>a</sup> posição e no Rio a 62<sup>a</sup>, dentre as 207 delegações. Mesmo estando entre as dez maiores economias do mundo, o país não consegue produzir com o seu poder econômico uma posição louvável, o que leva a constatar a baixa eficiência nacional;

**Medalha X População**, o Brasil ocupou em Londres a 68<sup>a</sup> posição e no Rio a 71<sup>a</sup>. Mesmo estando entre as maiores populações do mundo, dentre

os países que terminaram as Olimpíadas de Londres ou Rio com mais medalhas do que o Brasil só os Estados Unidos e a China têm população maior que a brasileira. Das onze nações que superaram o Brasil no Rio, seis têm até 80 milhões de habitantes, enquanto o Brasil supera 200 milhões. Com tamanha população e variados biótipos, o Brasil tem enorme potencial para desenvolver atletas olímpicos, o que na prática não se viu.

Destarte, a tudo isso se atribui o fato de que a PNE não foi suficientemente bem-elaborada e não está sendo implantada com eficiência no Brasil.

### 3.1.3 Análise do *Ranking* Histórico das Olimpíadas da Era Moderna

Avaliando o *ranking* histórico das Olimpíadas da Era Moderna, que se inicia com a edição de Atenas, em 1896, o Brasil passou da 37<sup>a</sup> para a 35<sup>a</sup> posição, ficando atrás de países como a Jamaica, Etiópia, Quênia, Irã, Camarões, etc. (BRASIL, 2016). Verifica-se que em mais de cem anos a evolução do Brasil foi quase inexistente. Considerando que a posição no *ranking* é um indicativo da condição social da população, ou do acesso universal ao Direito Social ao Desporto, o Brasil se revela com índice de países subdesenvolvidos, menores, e que enfrentam problemas políticos e econômicos muito mais graves, como os acima descritos.

A mínima evolução alcançada pelo Brasil em mais de um século revela um atraso social, que desrespeita e dignidade humana, fruto da ausência de políticas públicas de qualidade, de uma sucessão de governos que ignoram os mandamentos constitucionais, que mesmo após quase trinta anos de sua promulgação ainda não foi expressivamente implementada. Há ainda que se verificar o efeito das políticas públicas desportivas implantadas, subsequentes à CRFB/88, pois em duas décadas o Brasil esteve três vezes na final de uma copa do mundo de futebol, sendo o campeão em duas delas, enquanto nos demais tipos de desportos de alto rendimento não evoluiu com tamanha expressão, mesmo sediando cinco megaeventos olímpicos, já citados. Pior ainda é falar do desporto escolar, que somente a partir da década de 2000 evoluíram, mas ainda carecem de avanços para garantir dignidade humana à população de base, conforme segue.

## 3.2 Desporto escolar ou de base

O desempenho do Brasil quanto a desporto escolar é reflexo das políticas públicas educacionais, que conferem ao país o 88<sup>o</sup> lugar entre os 127

países no *ranking* da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO - em 2011, estando entre os de nível “médio” de desenvolvimento em educação, atrás do Equador e Bolívia, e tendo apenas uma universidade entre as cem melhores do mundo.

Contudo, o legado da Olimpíada na esfera escolar já dá sinais de fracasso, pois o Governo Federal desprestigia a disciplina Educação Física no currículo do ensino infantil e fundamental e torna a sua prática facultativa ao aluno, contrariando o olimpismo e em sentido oposto às políticas educacionais dos países com educação de qualidade, como Estados Unidos e países da Europa, onde a Educação Física é matéria obrigatória. Como se não bastasse, a sua decisão foi por Medida Provisória (MP 746/2016), dispensando discussão prévia com a sociedade, numa gestão participativa.

O Brasil ainda é um país marcado por desigualdades sociais, altos índices de violência, baixo rendimento escolar e tantos outros problemas sociais que afetam especialmente jovens em idade escolar, sendo certo que o desporto escolar norteia uma melhora da qualidade do ensino através de diretrizes que possibilitam uma *práxis* educativa inovadora. Por conseguinte, compreende-se que o espaço escolar não deve ser apenas um reprodutor do conhecimento, mas também um propiciador da transformação pessoal e social, o que implica relacionar a filosofia do Olimpismo diretamente à ação política pedagógica dos educadores.

Por fim, ter um bom desempenho nas olimpíadas é deveras importante para um país, pois contribui para a efetivação da dignidade humana por meio da educação desportiva. Como já dito, o desporto de alto rendimento serve como propulsor ao escolar, ou de base, este responsável por formar o cidadão, socializar, ressocializar e profissionalizar pessoas, especialmente as crianças, adolescentes e jovens que se encontram em situação de risco social, garantindo a todos uma existência digna, livre e igual.

### 3.3 Os jogos paralímpicos

Os Jogos Parapan-Americanos e os Jogos Paralímpicos de Verão merecem destaque, pois a perspectiva social de deficiência física carece de discussões sobre o modo como as PCD estão inseridas nos diferentes espaços sociais. Por isso, é preciso analisar como é feita a inclusão social dessas pessoas.

Desde o final do século XX a sociedade se deu conta de que as PCD ainda não estavam incluídas nos meios sociais, carecendo de transformações



no modo como essas pessoas eram compreendidas, quebrando assim o paradigma da integração sob o prisma médico de deficiência, que buscava inserir as PCD na sociedade sem a devida transformação desse ambiente, o que acabava, por muitas vezes, expondo limitações dessas pessoas. Assim, ocorre uma mudança social, que passa a promover o conceito de inclusão, baseado no modelo social de deficiência e em princípios de aceitação e valorização de diferenças, e potencialidades dos cidadãos, sendo PCD ou não.

Com o movimento de Inclusão, e não mais Integração, a sociedade toma um caminho para se refazer em diferentes áreas: educação, mobilidade, trabalho, lazer, esporte, para falar apenas das mais importantes e proporcionar a todos os cidadãos iguais oportunidades para desenvolver como ser que age, produz, questiona, se diverte, namora e ama, sem qualquer distinção.

Porém, a criação da modalidade desportiva paralímpica, não garante que as PCD sempre vivenciem processos de inclusão social, conforme já discutido sobre o entendimento de Marques (2016). Uma verdadeira inclusão social de atletas com deficiência pressupõe a sua valorização simplesmente como atletas, destacando seus feitos desportivos, como acontece com os demais atletas, pois a igualdade só é alcançada quando há dispensa de certo tratamento desigual. Retomando o ensinamento de Barroso (2010) sobre a necessidade de se invocar os direitos fundamentais, “ao menos até que a sociedade se torne tão evoluída que dispense ou ultrapasse tal conceito”, a dispensa de que trata o autor é a mesma dispensa de certo tratamento desigual.

A verdadeira inclusão social através do desporto passa pela adequação de práticas e sentidos de modo a oportunizar vivências produtivas às pessoas, independentemente de terem corpos de Apolo, Afrodite ou não. Pois, a inclusão social desejada através do desporto ocorre quando a sociedade compreende que um atleta merece ser valorizado como tal, portando ou não deficiência. É preciso mudar o discurso, deixando o estigma do herói que vence a deficiência para valorizar o atleta que vence a competição.

A partir desse pensamento, os jogos paralímpicos perdem o sentido de existir. Observa-se que diante das desigualdades físicas insuperáveis entre homens e mulheres, a solução dada foi criar competições distintas, a exemplo do futebol, judô, atletismo etc. inseridas nos jogos principais sem, contudo, excluir as mulheres para um sub-evento. Logo, a mesma solução deve ser empregada aos jogos paralímpicos, deslocando-os para dentro dos jogos principais, extinguindo-se os Jogos Parapan-Americanos e Jogos Paralímpicos, com isso avançando no sentido de igualdade entre os atletas.

Contudo, o tratamento desigual precisará ainda ser dado, ao menos por um tempo e nos bastidores, para que todos os atletas tenham garantido o espaço comum para competirem e serem vistos, sem correr o risco de os atletas com deficiência serem ofuscados pelos demais. Afinal, todos enfrentam dificuldades, todos precisam vencer os limites do próprio corpo, ter disciplina para ser reconhecido como o melhor atleta do mundo em cada categoria.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a pesquisa foi possível alcançar o seu Objetivo Geral, que foi investigar a evolução e acesso universal e duradouros ao Direito Social ao Desporto no Brasil, com a implementação da PNE, que em uma década promove sete dos mais importantes eventos desportivos mundiais, com enfoque nas Olimpíadas de Verão 2016, que proclamam o Olimpismo. Tal investigação foi realizada e apresentada no presente artigo.

Ademais, a pesquisa apresenta o legado que a PNE deixa para o Brasil no que se refere a evolução e ao acesso universal e duradouros ao Direito Social ao Desporto, num ciclo de uma década, quando realiza sete das mais importantes competições desportivas mundiais.

Portanto, externamente, o Brasil perdeu a chance de realizar, de forma inédita no mundo, as competições paralímpicas dentro dos jogos principais, promovendo a inclusão mundial dos atletas com deficiência física ao evento desportivo principal e por consequência uma inclusão mais integral, justa e igual. Assim, o Brasil escreveria seu nome na história dos Jogos Pan-Americanos e dos Jogos Olímpicos como o país que lançou para o mundo a importância de romper com o atual modelo separatista.

Internamente, o Brasil não promoveu uma política pública com toda a eficiência pretendida pela PNE, com a realização dos megaeventos desportivos, especialmente com a realização das Olimpíadas de 2016. Com isso, o direito fundamental da pessoa humana no âmbito do direito social ao desporto não foi alcançado plenamente. Tal quadro compromete a perpetuação da PNE, sendo insuficiente para garantir o cumprimento do Olimpismo na sua plenitude e repetir o feito do Reino Unido. Assim, não surtiu todo o efeito desejado no direito ao desporto nacional, tanto na categoria escolar, como na de alto rendimento.

O programa Bolsa Atleta é o ponto-chave ao desenvolvimento do desporto do Brasil; seus resultados foram positivos quanto às olimpíadas

de 2016, contudo, aquém do que poderia ter sido, a exemplo de outros países que sediaram outras edições do jogos olímpicos. Ademais, o que mais preocupa é que, com a passagem dos jogos, o desempenho do Estado tende a cair, comprometendo o desenvolvimento desportivo no Brasil. Logo, este trabalho aponta para necessidade de intensificar o programa Bolsa Atleta, tornando útil e dando sobrevida ao investimento feito até então e garantindo um desenvolvimento desportivo duradouro no Brasil.

Em suma, de um lado, apesar das dificuldades, resta um placar positivo, do qual o Brasil saiu vitorioso, num lindo espetáculo desportivo, que promove, de algum modo, a dignidade ao povo brasileiro. De outro lado, a evolução alcançada no acesso universal e duradouro ao Direito Social ao Desporto no Brasil ainda foi tímida, restando muito a fazer. ❖

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARAÚJO, P. F. de. **Desporto adaptado no Brasil: origem, institucionalização e atualidade**. Tese (Doutorado em Educação Física) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em < [www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br) > Acesso em 03 de setembro de 2016.

BRASIL - GOVERNO FEDERAL. **Política Nacional do Esporte**. Distrito Federal, 2005.

BRASIL - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **PARECER CNE/CEB 17/2001. HOMOLOGADO. Despacho do Ministro em 15/8/2001, publicado no Diário Oficial da União de 17/8/2001, Seção 1, p. 46.**

BRASIL. Portal Brasil. Brasil sobe no ranking histórico das Olimpíadas. Disponível em < <http://www.brasil.gov.br/esporte/2016/08/brasil-sobe-no-ranking-historico-das-olimpiadas> > Acesso em 05 de setembro de 2016.

BUENO, Luciano. **Políticas públicas do esporte no Brasil: razões para o predomínio do alto rendimento**. Tese (Doutorado em Admi-

nistração Pública e Governo) Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008.

CABO, Álvaro Vicente do. **A imprensa e as copas do mundo de futebol no MERCOSUL**. II SEMINÁRIO INTERNO PPGCOM. Rio de Janeiro, 2008. Edição Especial - VOL.6 Nº 03.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COB - Comitê Olímpico Brasileiro. Disponível em < [www.cob.org.br](http://www.cob.org.br) > Acesso em 05 de setembro de 2016.

COI - Comitê Olímpico Internacional. **La Carta Olímpica. Artículo 11, principios fundamentales**. México, 2007.

COI - Comitê Olímpico Internacional. Disponível em < [www.olympic.org](http://www.olympic.org) > Acesso em 12 de setembro de 2012.

COI - Comitê Olímpico Internacional. Disponível em < [www.olympic.org](http://www.olympic.org) > Acesso em 25 de setembro de 2016.

DUBOW, J. S; KELLY, J. P.. **Epilepsy in sports and recreation**. *Sports Medicine*, 33(7), 499-516. 2003.

FREIRE, J.. **Desporto Escolar** - Uma possível estratégia no combate ao Insucesso Escolar. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, Portugal. 2010.

GORGATTI, Márcia Greguol; COSTA, Roberto Fernandes da. **Atividade física Adaptada: Qualidade de vida para pessoas com necessidades especiais**. 3. ed. Barueri, Sp: Manole, 2013.

SCHMITT, Paulo Marcos. **Legislação de Direito Desportivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Cadernos Cedes**, v. 23, nº 55, novembro/2001.

JUCA, Carlos. O REGRESSO ÀS ORIGENS, DE ATENAS A ATENAS 776 A.C.. OLIMPISMO CLÁSSICO - OLIMPISMO MODERNO. **Anais da conferência: De Atenas a Sidney**. Escola Secundária de Alberto Sampaio. Portugal, 2000.

MARQUES, Renato Francisco Rodrigues. Os Jogos Paralímpicos como espaço de reflexão. Esporte adaptado e a inclusão social de pessoas com deficiência. **Revista Pré-UNIVERSP**, nº. 59, Gênero, Julho de 2016.

MELO, Dilce; OLIVER, Iata. **A arte do direito de amenizar a violência na escola**. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2014.

MIRANDA, Martinho Neves. **O Direito no Desporto**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlanta, 2013.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PINHO, Rodrigo César Rebello: **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**. Ano 1., n. 4, out./dez. de 1999. São Paulo: Notadez, 1999.

SANTOS L.. O desporto em si não educa. **Revista da Educação Física/UEM Maringá**, 11(1), 77-85. 2000.

STAREPRAVO, Fernando Augusto. **O esporte universitário paranaense e suas relações com o poder público**. Dissertação (Mestrado em Educação Física), Departamento de Educação Física, Setor de Ciências Biológicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

TEIXEIRA, P.. **O Desporto Escolar**: estudo dos serviços prestados nas escolas básicos do 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> ciclos do concelho de Gondomar. Dissertação de Mestrado em Ciências do Desporto, Faculdade de Desporto, Universidade do Porto. 2007.

# O Poder de Investigação do Ministério Público<sup>1</sup>

**Pablo Resende Pinto**

*Graduado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo Neves (São João del Rei-MG)  
Pós-graduado em Direito Público e Privado UNESA/  
FEMPERJ.*

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 outorgou ao Ministério Público o poder de fazer a investigação criminal de forma direta. Essa competência invadiu atribuição da Polícia Judiciária. A doutrina contrária diz que não há previsão expressa de o *Parquet* investigar, pois estaria violando garantias da pessoa ou do indiciado. A favorável defende que há dispositivos na legislação infraconstitucional que autoriza esse papel do *Parquet*. Com a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, o plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o Ministério Público poderá investigar de forma direta e com prazo razoável, desde que respeitadas as garantias do indiciado e ou da pessoa.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Ministério Público 2.1 Posições contrárias à investigação criminal direta feita pelo *Parquet*. 2.2 Posição favorável à investigação direta feita pelo Ministério Público 3. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o poder de investigação do Ministério Público. O *Parquet*, segundo o art.127 da CF/88, “é instituição permanente, essencial para a defesa do interesse social da ordem jurídica, do regime democrático”.

Tradicionalmente, a Polícia Judiciária detém o monopólio das investigações criminais na apuração das infrações penais, sendo que a autoridade

---

1 Artigo apresentado como exigência final da disciplina Metodologia da Pesquisa, do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público e Direito Privado – FEMPERJ.

2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

policial preside as investigações. O Ministério Público, como titular da ação penal pública, durante o inquérito policial, após a entrega do relatório final feito pela autoridade policial, percebendo que esteja faltando algum elemento para sua formação da opinião delituosa, poderá requisitar diligências investigatórias à Polícia Judiciária, esta competência outorgada pela Constituição Federal e ratificada pela Lei Ordinária do Código de Processo Penal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o rol de funções do *Parquet* previsto no art. 129 do diploma constitucional. Dentre eles, se destaca a atuação do Ministério Público em fazer a investigação criminal de forma direta.

O problema é que essa investigação criminal direta estaria invadindo o monopólio da Polícia Judiciária previsto no art. 144 §4<sup>a</sup> IV da CF/88. Outro argumento utilizado é que o Ministério Público apenas tem competência para investigar o inquérito civil, segundo o art. 129 no inciso III da Carta Republicana de 1988. Ato contínuo, o *Parquet* só pode requisitar diligências investigatórias, mas não fazer a investigação propriamente dita, conforme o inciso VIII do art. 129 do diploma constitucional.

O Ministério Público poderá investigar no âmbito penal desde que sejam respeitadas as garantias constitucionais do indiciado ou da pessoa, para que não ocorra abuso.

A presente pesquisa irá analisar o papel exercido pelo Ministério Público ao conduzir a investigação criminal direta, ao invés de somente a autoridade policial participar na apuração de crimes. Para a justificativa do presente tema, no ano de 2013, o Congresso Nacional tentou aprovar a proposta de emenda à Constituição nº 37-A de 2011, que acabaria com o poder de investigação do Ministério Público, sendo a competência exclusiva da Polícia Judiciária. No entanto, com protesto nas ruas, tal projeto foi arquivado.

O Ministério Público exerce um papel importante na investigação criminal, de maneira que, sem a sua participação, boa parte dos crimes não teria solução.

Existem várias obras sobre o poder de investigação do Ministério Público, tais como as de Waldemiro Gomes Neto, Luiz Flávio Gomes, Cesar Roberto Bitencourt, Luis Roberto Barroso e Valter Furtado, nas quais faz-se destaque à legitimidade da função investigatória do Ministério Público, de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, que analisa a investigação direta pelo Ministério Público. Outra obra, contrária ao entendimento da investigação direta sobre Ministério Público e investigação criminal, de Rogério Lauria

Tucci alega que o *Parquet* não poderá investigar, pois atentaria contra os princípios constitucionais a que o indiciado teria direito.

A pesquisa necessária à consecução deste projeto realizar-se-á, sobretudo, de maneira bibliográfica e documental, visando à análise do surgimento, evolução e, atualmente, do poder de investigação do Ministério Público.

O assunto poder de investigação do *Parquet* ficou em evidência no ano de 2013, através da mídia nacional, com a PEC 37 de 2011, que colocaria o fim da investigação direta pelo Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, pacificou o tema, dizendo que o *Parquet* poderá fazer a investigação direta.

Por isso, o foco desta pesquisa será agrupar os argumentos mais bem trabalhados dos doutrinadores, assim como as mais bem fundamentadas decisões judiciais, a fim de que se possa sustentar, fundamentadamente, a proposta do futuro artigo.

Os recursos utilizados para tanto serão a internet e a visita a bibliotecas.

## 2. MINISTÉRIO PÚBLICO

### 2.1 Posições Contrárias à Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público

O art. 144, § 4º, da Carta Republicana de 1988 diz que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.<sup>3</sup>

Determinados autores, como Tucci<sup>4</sup>, Neto<sup>5</sup> e Gomes<sup>6</sup> defendem que o Ministério Público não tem o poder de fazer a investigação, cabendo somente à polícia judiciária o monopólio da investigação. Segundo o art.144 e seguintes, não caberá ao *Parquet* poderes de investigação criminal própria.<sup>7</sup> Este dispositivo demonstraria que a Polícia Federal e a Judiciária teriam o

3 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

4 TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. 164p.

5 LOPES NETO, Waldemiro Gomes. **A investigação criminal pelo Ministério Público**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.20858&seo=1>>. Acesso em: 07 out. 2015.

6 GOMES, Luiz Flávio. **Questão de limite. Ministério Público não tem poder para presidir investigação**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24063,1>>. Acesso em: 07 out. 2015. Ou [http://www.conjur.com.br/2004-mai-20/ministerio\\_publico\\_nao\\_poder\\_presidir\\_investigacao](http://www.conjur.com.br/2004-mai-20/ministerio_publico_nao_poder_presidir_investigacao), p.1

7 Idem, 2004, p.1



monopólio para a apuração das infrações penais. Assim, o Ministério Público não terá o poder de investigação de forma direta.

A doutrina entende que, nas funções institucionais do Ministério Público, outorgadas pelo legislador constituinte de 1988 no art. 129, não está autorizado expressamente o poder de investigação do órgão ministerial. O dispositivo do inciso III mostra que o Ministério Público detém o monopólio do inquérito civil, mas não o inquérito policial<sup>8</sup>.

O inciso VII do art. 129 da Carta Republicana de 1988, que diz sobre o controle externo da atividade policial feito pelo Ministério Público, “afronta as garantias constitucionais asseguradas ao imputado, que se substancia numa atuação afrontosa do *due process of law* e aos incisos LIV e LV do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal”<sup>9</sup>.

Em relação aos incisos LIV e LV do art. 5<sup>a</sup> da Carta Republicana de 1988, não é respeitado o devido processo legal, que nele incluem os princípios do contraditório e da igualdade. O Ministério Público, fazendo a investigação diretamente, traria um desequilíbrio entre as partes, (Ministério Público e o suposto autor do crime), ou seja, haveria um abuso de poder do órgão Ministerial.

A posição da Ordem dos Advogados do Brasil é de que o Ministério Público não tem o poder de investigação criminal, pois tal prerrogativa não tem fundamento legal e constitucional. Ademais, a sua investigação comprometeria a investigação dos fatos e ainda promoveria a violação às garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório<sup>10</sup>.

Atualmente o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso apresentou outros argumentos contrários à investigação criminal feita pelo Ministério Público, dentre eles o de que concentrar no *Parquet* as atribuições investigatórias é indesejável e estaria atribuindo excesso a essa instituição. O Ministro Barroso se mantida que essa concentração afastaria a impessoalidade do Ministério Público para manter no momento de decidir pelo oferecimento ou não da denuncia. E por fim, segundo Barroso, o *Parquet* já dispõe de instrumentos suficientes para suprir deficiências e coibir desvios da atuação policial<sup>11</sup>.

8 TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. 164p.

9 Idem, 2004, p. 79

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. **MP fora d'água**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29589,1>>. Acesso em 07 set. 2015, p.1

11 BARROSO, Luis Roberto. **Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária**. Rio de Janeiro. 22 jan. 2004. 22p. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_textos\\_interesses/investigacao\\_MP.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf). Acesso em: 07 out. 2015.

Uma decisão que ficou muito famosa à época sobre o poder de investigação do Ministério Público foi em 2003, deteria na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi julgado o recurso ordinário em Habeas Corpus 81-326-7 do Distrito Federal, decidido pelo ministro na época, Nelson Jobim. Conforme essa decisão, o Ministério Público do Distrito Federal e territórios não legitimidade para investigar um delegado de polícia civil, que praticou um crime, usando o controle externo da atividade policial<sup>12</sup>.

A decisão foi unânime no sentido de que ao Ministério Público não compete realizar investigação criminal, sendo que o Ministro Nelson Jobim no seu voto citou argumentos de que o *Parquet* não poderá investigar, pois a Constituição Federal de 1988 não outorgou poderes investigatórios. O Ministro Nelson Jobim relatou que o Ministério Público tem competência para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito civil previsto no art. 129 III do texto Republicano de 1988<sup>13</sup>.

No Julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727 do Estado de Minas Gerais, no plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14 de maio de 2015, o Ministro Cesar Peluzo no seu voto começa traçando a evolução histórica de como surgiu o inquérito policial no Brasil e ainda cita a atribuição da polícia judiciária, prevista no art. 144 e seguinte da Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>. Sobre o tema, o Ministro Peluzo declarou que não existe no ordenamento norma expressa que permite que o *Parquet* realize investigação e instrução preliminar ou preparatória da ação penal de conhecimento, de caráter condenatório<sup>15</sup>. Relatou que a Constituição Federal deixou claro que não constitui função do Ministério Público apurar infrações penais mediante atos próprios de investigação e de instrução na primeira fase da investigação<sup>16</sup>. O Ministro afirmou que a Carta Republicana de 1988, no seu art. 129, inciso III, atribuiu funções institucionais, como promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos<sup>17</sup>.

---

12 LOPES NETO, Waldemiro Gomes. **A investigação criminal pelo Ministério Público**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.20858&seo=1>>. Acesso em: 07 set. 2011, p.48

---

13 Idem, 2011, p.48

---

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário, n.º 593.727**, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de maio de 2015, p. 1/11.

---

15 Ibidem, 2015, p. 1/11.

---

16 Ibidem, 2015, p. 1/11.

---

17 Ibidem, 2015, p. 1/11.

No final do seu voto, o Ministro admitiu que o Ministério Público promoverá atividades de investigação de infrações penais, como medida preparatória para instauração de ação penal, desde que o faça nas seguintes condições: primeiro, mediante procedimento regulado, por analogia pelas normas que governam o inquérito policial. Segundo, que o procedimento seja de regra público e sempre supervisionado pelo Poder Judiciário. Terceiro, que tenha por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos, praticados por membros ou servidores da própria instituição, ou praticados por autoridades ou agentes policiais, ou ainda, praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, cientificada, não haja instaurado inquérito policial<sup>18</sup>.

## 2.2. Argumentos Favóáveis à Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público

A Receita Federal realiza, com alguma frequência, não apenas diligências investigatórias, como também operações que têm como móvel, tanto a constituição de um auto de infração, quanto a repressão a determinados delitos. Por exemplo, reprimir o contrabando e o descaminho (art. 334 do Código Penal). A própria “representação fiscal para fins penais”, dirigida ao Ministério Público, veicula informações atinentes a operações financeiras do contribuinte-investigado, as quais têm como intuito comprovar a autoria e materialidade do delito de sonegação fiscal, Lei. 8.137/90<sup>19</sup>.

O Banco Central tem um departamento de combate a ilícitos cambiais e financeiros, ligados à diretoria de fiscalização. São efetuadas diligências que, além de instruir o procedimento administrativo, terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investigados<sup>20</sup>.

No Poder Legislativo, existem as comissões parlamentares de inquérito, que estão consignadas pelo art. 58, § 3<sup>a</sup>, da Constituição Federal de 1988, e que têm: “poderes de investigações próprias das autoridades judiciárias, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas<sup>21</sup>”.

Outro dispositivo seria o art. 269 e seus parágrafos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que permite que se for cometido algum delito, será instaurado o inquérito a ser presidido pelo diretor de

<sup>18</sup> Ibidem, 2015, p.1/11.

<sup>19</sup> STRECK E FELDENS, *A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro, Forense, 3<sup>a</sup> ed. 2006, p. 89.

<sup>20</sup> Idem, 2006, p. 89.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

serviços de segurança ou se o indiciado ou o preso for membro da casa, pelo corregedor ou corregedor substituto. Nos seus parágrafos seguintes, após o término da investigação, este instituído que o inquérito será remetido à autoridade policial<sup>22</sup>.

Quanto ao Poder Judiciário, cabe apenas a ele próprio, e jamais à Polícia, a investigação de magistrados envolvidos em práticas criminosas. Dispõe a Lei Orgânica dos Magistrados<sup>23</sup>, o art. 33 da Lei Complementar 35/79 inciso II, que são prerrogativas do magistrado não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão competente para o julgamento, salvo em flagrante crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado. E o parágrafo único relata que, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Aos membros do Ministério Público da União, não é diferente com que prevê a Lei Orgânica da Magistratura sobre fazer a investigação de forma direta. Segundo a Lei Complementar 75/93 do *Parquet* Federal, no seu art. 18, que são prerrogativas dos membros do Ministério Público e no parágrafo único, quando no curso de investigação, houver indício da prática da infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do *Parquet* para prosseguimento da apuração do fato.<sup>24</sup>

O art. 43 do Regimento do Supremo Tribunal Federal relata que, ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependências do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou sua atribuição a outro Ministro. No parágrafo primeiro, está instituído que o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração à autoridade competente.<sup>25</sup>

22 REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA FEDERAL, disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento\\_interno/RIpdf/regInterno.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/regInterno.pdf)> acesso em 24 de out. 2015.

23 BRASIL. Lei Complementar n.º 35/79, de 14 de março de 1979. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, DF, 14 de março 1979.

24 BRASIL. Lei Complementar n.º 75/93, de 21 de maio de 1993. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, DF, 21 de mai.1993,p.6865.

25 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Setembro\\_2015\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf) > Acesso em 24 de out. 2015.

Todos esses exemplos mostram que não é somente a polícia judiciária que poderá investigar. Existem outros órgãos autorizados por lei para fazer a investigação, não somente a autoridade policial. Desse modo, comprova-se que a polícia judiciária não detém a exclusividade da investigação criminal. Dessa forma, o Ministério Público poderá fazer a investigação criminal diretamente.

O procurador da república Valter Furtado <sup>26</sup> apresenta, no Instituto Brasileiro Criminal, 15 (quinze) razões para o Ministério Público investigar infrações penais. A primeira é que a atividade é prevista em lei e compatível com a finalidade do Ministério Público, tanto que prevalece na Europa, e, portanto, amparada pelo art. 129, IX, da CF/88. <sup>27</sup>

Atualmente, vem prevalecendo na Europa a investigação criminal direta pelo Ministério Público. No Brasil, esta investigação feita pelo *Parquet* está amparada pelo inciso IX do art. 129 do texto constitucional, que o órgão ministerial teria respaldo, pois estaria atendendo a outra finalidade, desde que compatível com sua função, e a investigação criminal é de fundamental importância para a formação delituosa do Ministério Público. <sup>28</sup>

O aludido autor explica que a Lei Complementar n.º 75/93, nos seus art. 8 e seguintes, dá autorização ao Ministério Público para fazer a investigação direta. O que chama a atenção é que no Estatuto do Idoso, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Eleitoral está expressa a atribuição da investigação direta pelo *Parquet*. <sup>29</sup>

A terceira razão apresentada por Valter Furtado é a tendência dos ordenamentos jurídicos de atribuir investigação criminal ao Ministério Público, assim como ocorre na Alemanha, Itália, em Portugal e na França <sup>30</sup>.

Quarta razão: uma das reclamações do relatório da ONU sobre execuções sumárias do Brasil é que as unidades do *Parquet* deveriam dispor de um grupo de investigadores e ser encorajadas a realizar investigações independentes contra acusações de execução sumárias. <sup>31</sup>

Quinta razão: o sistema do juizado de instrução releva inconvenientes, como o compromisso da imparcialidade do juiz, que determinaram o

---

26 FURTADO, Valter, As “15 razões para o Ministério Público investigar infrações penais”. *Boletim IBCCRIM* n.º 139/10-11, Ano 12, junho de 2004, p.10/11.

27 *Idem*, 2004, p.10/11.

28 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

29 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

30 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

31 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

seu desprestígio na Europa. E no sistema de investigação exclusivamente policial, praticamente abandonado, causa inúmeros problemas da sua eficiência na apuração de infrações<sup>32</sup>.

Sétima razão: na Constituição Federal não se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis além do que separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de polícia judiciária, conforme fica claro da leitura dos §§ 1<sup>a</sup>, I e IV, e 4<sup>a</sup> do art. 144<sup>33</sup>.

Oitava razão: qualquer titular de um direito de ação deve ter a faculdade de colher, por si, dentro de parâmetros legais e éticos, os elementos que sustentarão o seu pedido ao Judiciário, sob pena de ver coarctado o seu direito de ação; a prevalecer a tese negativa da função investigatória do *Parquet*, este órgão encontrar-se-á na insólita situação, dentro do nosso ordenamento, de único titular de ação sem a faculdade de colher as informações e documentos necessários para supedanejar a sua pretensão, vendo-se eventualmente na contingência de promover ações e arquivamentos temerários<sup>34</sup>.

Nona razão: o Ministério Público é órgão autônomo, cujos membros gozam de garantias constitucionais como a inamovibilidade, vitaliciedade e independência funcional, o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil de determinadas investigações, como as que envolvem políticos influentes ou integrantes da Polícia, sobretudo os mais graduados<sup>35</sup>.

Décima razão: o controle externo da atividade policial, função atribuída ao *Parquet* pelo art. 129, VII, da CF, é notoriamente inviável sem a possibilidade de investigação criminal independente, donde se invoca a teoria dos poderes implícitos<sup>36</sup>.

Décima primeira razão: a investigação é apenas um instrumento de formação de convicção, não um fim em si mesma, e a diferença entre investigações civis e penais se identifica apenas para fins metodológicos, inclusive quanto ao uso de determinados instrumentos, como a interceptação telefônica, não se podendo esquecer que provas extraídas de um inquérito civil podem embasar uma ação penal, da mesma forma que indícios colhidos em uma investigação criminal podem sustentar uma pretensão civil<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

<sup>33</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

<sup>34</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

<sup>35</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

<sup>36</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

<sup>37</sup> Ibidem, 2004, p.10/11.

Décima terceira razão: se **é correto**, como ninguém parece discrepar, que a ação penal pode ser deflagrada sem inquérito policial art. 46, § 1º, do Código de Processo Penal, que o *Parquet* pode promover inquéritos civis art. 129, III, da Constituição Federal de 1988 e que frequentemente nestes inquéritos civis, por exemplo, em que apuram improbidade administrativa, surgem indícios da autoria de ilícitos penais, suficientes para o ajuizamento de uma ação penal, soa incoerente e formalista ao extremo a ideia de negar ao *Parquet* a possibilidade de desenvolver investigações penais<sup>38</sup>.

Décima quarta razão: a alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais, porque visariam apenas a coligar provas tendentes a uma futura condenação, **é de todo improcedente**, porque a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda prova, exceto a técnica, ser reproduzida em juízo. *Não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade.* A Polícia está sempre em contato com o *Parquet* e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera ideia dessa pretensa equidistância um disparate, e a probabilidade de um membro do Ministério Público distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo.<sup>39</sup>

Décima quinta razão: possibilitar ao *Parquet* a condução direta de investigações criminais atende ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pois agrega eficiência a determinadas investigações, de acordo com a influência que o investigado possa exercer no tipo de investigação, por exemplo, coleta e análise de documentos, a necessidade de formular um juízo direto e objetivo sobre os fatos.<sup>40</sup>

A prática tem demonstrado como é relevante a atividade investigatória do *Parquet* no campo criminal, seja no combate a abusos na função policial, seja na apuração de crimes como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, fraude contra o sistema financeiro e corrupção, sendo o famoso caso do desvio de recursos no TRT de São Paulo apenas um dos inúmeros em em que se revelou fecunda a condução de investigações no âmbito interno do Ministério Público.

No Habeas Corpus n.º 93930, de 07 de dezembro de 2010, o Ministro Celso de Melo apresentou voto favorável à investigação criminal feita pelo

---

38 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

39 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

40 *Ibidem*, 2004, p.10/11.

Ministério Público e foi contra os policiais militares do Rio de Janeiro, por terem praticado tortura contra o infrator na apreensão da droga. O argumento utilizado por ele é o entendimento pacificado atualmente da investigação criminal feita pelo Ministério Público.

O Ministro Celso de Melo, no seu voto sobre o Habeas Corpus 93930, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, antes de adentrar ao mérito da ação, no início de seu voto, pergunte se pode ou não o Ministério Público diante do contexto constitucional atual promover a investigação criminal de forma direta. Antes de responder a esta questão, ele impõe algumas indagações prévias para a fundamentação do seu voto, tais como, o inquérito policial é promovido pela polícia judiciária, sendo presidido pela autoridade policial e como também de promover à apuração do suposto crime e consequentemente a identificação do suposto autor. Esta atribuição foi outorgada pela carta republicana de 1988 no seu art. 144 § 4º.

No entanto, essa competência não impede que o Ministério Público indique os fundamentos jurídicos de suas manifestações e determine a abertura de inquérito policial ou requisição de diligências, com intuito de buscar a verdade real para a formação de sua opinião delituosa.

O órgão ministerial pode prover de outros elementos de convicção que não seja necessariamente o inquérito policial para a formação delituosa, ou seja, este procedimento é dispensável. Embora a autoridade policial não tenha instaurado a investigação, o Ministério Público pode iniciar a persecução criminal. A atuação do órgão ministerial, no contexto da investigação criminal em nada irá comprometer a atribuição da polícia judiciária, pois sempre caberá a presidência do inquérito policial. Na verdade, representam um exercício de cooperação entre as duas instituições, ambos na apuração da verdade real. A ideia de cooperação caracteriza o legítimo exercício do controle externo da atividade policial feita pelo Ministério Público sobre a atividade desenvolvida pela polícia judiciária. Este controle externo foi criado com intuito de conter eventuais excessos praticados pelos organismos policiais que possam cometer<sup>41</sup>.

Após as considerações preliminares, o Ministro verifica se é constitucionalmente lícito ao Ministério Público fazer de forma direta a investigação criminal. Ele complementa, ao examinar a norma contida no art. 144 da Constituição Federal, se há legitimidade constitucional ou não do desempenho do

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus**. Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, n.º93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010.



órgão ministerial que lhe permita promover, enquanto titular da ação penal pública, fazer investigações penais fora do âmbito da polícia judiciária.<sup>42</sup>

No presente *habeas corpus*, o impetrante recorreu contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual foi decidido que a investigação criminal feita pelo Ministério Público é válida.<sup>43</sup>

O Ministro, concordando com a procuradoria geral da república, declarou que é lícito ao Ministério Público promover por conta própria os atos de investigação penal, respeitadas, não obstante, a unilateralidade desse procedimento investigatório, as limitações que incidem sobre o Estado em relação à persecução criminal. Esta unilateralidade das investigações não autoriza o órgão ministerial e a polícia judiciária a respeitar as garantias jurídicas ao suspeito e ao indiciado, pois o desrespeito dos agentes policiais ou do representante do Ministério Público releva-se a gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação criminal<sup>44</sup>.

Sobre o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público, tem-se que o processo não afetaria o exercício, pela autoridade policial, de condução da presidência do inquerito policial.

O Ministro cita, no seu voto, os comentários de Lenio Luiz Streck e de Luciano Feldens<sup>45</sup> sobre a legitimidade constitucional do poder reconhecido ao órgão ministerial, e qualifica os membros a promover por conta própria à investigação criminal necessária à formação delituosa.

Após os comentários dos doutrinadores, o Ministro analisou os incisos VIII e IX do art. 129 da Carta Republicana e relatou que houve expressa outorga constitucional de poderes ao órgão ministerial para requisitar e promover a execução de diligências investigatórias, bem como para desempenhar outras funções que foram atribuídas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

---

42 Idem, 2010, p.1.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal, **Habeas Corpus**. Tortura. Concussão. Ministério Público. Atos Investigatórios. Legitimidade. Atuação Paralela à Polícia Judiciária. Controle Externo da Atividade Policial. Órgão Ministerial que é titular da Ação Penal. Inexistência de Impedimento ou Suspeição. Súmula n.º 234/STJ. Ordem Denegada **Habeas Corpus**, n.º84.266, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus**. Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, n.º93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010, p.56.

45 STRECK E FELDENS apud MELO, **A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, Rio de Janeiro, Forense, 3ª ed, 2006, p. 79/85.

Em seguida, ele recordou que a Constituição federal de 1988 foi decisiva para a consolidação do Ministério Público, pois outorgou atribuições inderrogáveis.<sup>46</sup>

Graças às mudanças feitas pela Constituição Federal, o Ministério Público atendeu a reivindicação da própria sociedade civil. Dessa forma, o *Parquet*, no âmbito da persecução criminal penal, quando instaurada em sua fase pré-processual, amine uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe atribuíram funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avultam as de promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei, bem assim a de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas<sup>47</sup>.

Ele entendeu que o poder de investigar no âmbito penal também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois esse pode tornar efetivo o exercício por esta instituição. Competências essas outorgadas em norma expressa, pelo próprio texto constitucional<sup>48</sup>.

Isso significa que a outorga dos poderes explícitos, ao órgão ministerial, tais enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da carta republicana de 1988<sup>49</sup>.

O referido ministro citou o autor Maximiliano para legitimar o poder de investigação do Ministério Público, faz em torno dos poderes implícitos que enfatiza que a outorga de competência expressa à determinação órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos<sup>50</sup>.

Ele concluiu que se revestir de integral legitimidade constitucional pelo Ministério Público, a investigação penal que é reconhecida com apoio desta teoria dos poderes implícitos. Caso não fosse adotada, perderia por completo as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao órgão ministerial em sede de persecução criminal, tanto na fase preliminar quanto na fase judicial<sup>51</sup>.

---

46 Idem, 2006, p. 79/85.

47 Ibidem, 2006, p. 79/85.

48 Ibidem, 2006, p. 79/85.

49 Ibidem, 2006, p. 79/85.

50 Ibidem, 2006, p. 79/85.

51 Ibidem, 2006, p. 79/85.

Um argumento que não convenceu o Ministro<sup>52</sup> é a objeção no art. 144 § 1º, IV, que atribui aos organismos policiais o monopólio das investigações penais. Para ele, isso não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público. Ele complementou que a instituição policial, qualquer que seja a dimensão que esteja estruturada, não detém o monopólio da competência investigatória, pois segundo alguns doutrinadores, “o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da polícia judiciária, possam fazer a investigação propriamente”.<sup>53</sup>

O autor processualista é citado pelo Ministro e explica<sup>54</sup> que, em seu código de processo penal comentado, não há exclusividade da polícia judiciária, no âmbito das investigações penais.

O Ministro cita também que, no primeiro semestre de 2009, a mesma segunda turma julgou o *Habeas Corpus* 91.661/PE, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie que denegou a ordem, por reconhecer, unanimemente, a legitimidade constitucional do poder de investigação criminal do Ministério Público, especialmente, por delito supostamente praticado por agentes policiais.

O aludido ministro, no seu voto, relatou que sempre teve esse entendimento quando do Ministério Público era Promotor de Justiça no estado de São Paulo. Quando era membro, ele instaurou uma investigação penal em matéria eleitoral, procedendo à inquirição de testemunhas, requisição de documentos e exames periciais ao esclarecimento da verdade real, para apuração dos fatos. Esse procedimento feito por ele foi reconhecido pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O Ministro afirmou, durante o voto, que não se pode dizer que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério, “poderia frustrar, comprometer ou, ainda afetar a garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada<sup>55</sup>”. Essa fundamentação garantia outorgada aos acusados não incide na fase pré-processual e somente no processo penal,

---

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus**. Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, n.º93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010.

53 CALABRICH, Bruno “Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais”, p. 103/104, item n. 3.4, 2007, *Revistas dos Tribunais*, p. 103/104.

54 NOGUEIRA, CARLOS, *apud* MELO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus**. Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, n.º93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. p. 30.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus**. Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, n.º93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. p.51.

instaurado em juízo. Ele cita a orientação firmada por essa corte suprema de que a inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais<sup>56</sup>, sendo que foi pacificada com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727 feito pelo Supremo Tribunal Federal sobre o poder de investigação do Ministério Público.

O aludido Ministro, além de relatar a inaplicabilidade do contraditório na fase pré-processual, faz uma observação de que a unilateralidade das investigações desenvolvidas pelo Estado, tanto pela autoridade policial, quanto pelo Ministério Público ou por uma CPI, não autoriza a válida formulação de qualquer decisão condenatória, pois os elementos de convicção nelas produzidos, porém, não reproduzidos em juízo sob a garantia do contraditório, forem os únicos dados probatórios existentes contra a pessoa investigada, o que afasta a objeção de que a investigação penal, quando realizada pelo Ministério Público, poderia comprometer o exercício do direito de defesa<sup>57</sup>.

O Ministro reconheceu a legitimidade constitucional do poder do Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais nas hipóteses - situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violência arbitrária, concussão ou corrupção ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração das infrações penais<sup>58</sup>.

O Aludido ministro, antes de encerrar o seu voto, relatou a necessidade de discutir os limites da atividade investigatória do Ministério Público. As pessoas que estão submetidas às investigações penais realizadas pelo órgão ministerial poderão se opor aos direitos e às prerrogativas de que são titulares se considerar que inexistem, em um Estado fundado em bases democráticas, poderes absolutos ou ilimitados, de qualquer inquérito policial ou procedimento investigatório instaurado no âmbito do aparelho do Estado<sup>59</sup>.

Nas investigações penais, feitas pelo órgão ministerial, e sem prejuízo da permanente possibilidade de controle jurisdicional de seus atos, não po-

---

56 Idem, 2010, p.52.

57 Ibidem, 2010, p.54/55.

58 Ibidem, 2010, p.58.

59 Ibidem, 2010, p.60.

derá desrespeitar o direito ao silêncio, não poderá determinar que produza prova contra si, não participar da reconstituição do crime. Esta investigação deverá conter todas as peças colhidas pelo Ministério Público, não podendo o *parquet* escolher a prova que ele acha conveniente. O investigado também, bem como o seu advogado, tem o direito de acesso aos autos, podendo examiná-los, extrair cópias ou tomar depoimentos.

Outro ponto que ele declarou é com relação ao postulado da comunhão das prova. Esta uma vez regulamentada, no procedimento introduzido, no procedimento persecutório, não pertence às partes, mas integra os autos. Uma observação que deve ser feita é que não poderá intimar o advogado como testemunha para depor sobre fato relacionado com a pessoa do seu cliente.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, a unilateralidade da investigação penal, tanto a diligência pelo Ministério Público, quanto pela autoridade policial, não tem o cordão de abolir os direitos e as garantias de suprimir as liberdades ou de conferir aos representantes do *Parquet* poderes absolutos (de todo inexistentes) na produção da prova e na pesquisa dos fatos<sup>60</sup>.

O Ministro declarou que no Ministério Público vão incidir as limitações de ordem jurídica, sob pena de desvalia dos elementos de informação coligidos e produzidos com desrespeito aos direitos e garantias da pessoa investigada<sup>61</sup>.

Ao final do voto, ele julgou improcedente o pedido do *habeas corpus*, por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover por autoridade própria investigações de natureza penal, desde que respeitados pelo *Parquet* os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa ao investigado do Estado, sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado Democrático de Direito do permanente e inafastável controle jurisdicional dos atos praticados pelos Promotores de Justiça e Procuradores de República<sup>62</sup>.

No ano de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727 do Estado de Minas Gerais e pacificou o entendimento de que o Ministério Público dispõe de competência para promover por autoridade própria, e com prazo razoável poderá fazer a investigação de natureza penal desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de

---

60 Ibidem, 2010, p.71.

61 Ibidem, 2010, p.71.

62 Ibidem, 2010, p.71/72.

reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado Democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados, ou seja, Súmula Vinculante nº 14 praticados pelos membros dessa instituição<sup>63</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, analisamos o poder de investigação pelo Ministério Público. Primeiramente, vimos que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a implantação do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público ampliou suas atribuições e também ganhou sua total autonomia e independência em relação aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. E que graças a essa independência, o órgão ministerial alcançou sua real finalidade que é a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo uma reivindicação da sociedade civil. Além disso, teve ampliadas suas atribuições, na Carta Republicana, entre elas, a investigação criminal.

Contudo, o texto constitucional não estabeleceu de forma taxativa a investigação criminal pelo Ministério Público, mas suas funções instituídas do art. 129, da Carta da República de 1988 pelo constituinte originário, somada às leis infraconstitucionais a Lei Complementar nº 75/93, de organização do Ministério Público da União, e a Lei de Organização Nacional do Ministério Público 8625/93, que organiza o Ministério Público dos Estados, regulamentaram essa investigação criminal.

No presente trabalho, ficou demonstrado que a polícia judiciária e a federal não detêm o monopólio das investigações criminais na apuração das infrações penais. Existem outras investigações instituídas por lei que permitem que outros órgãos da administração façam a investigação sem a anuência da Polícia Judiciária como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Legislativo.

Quanto ao aspecto da persecução do âmbito judicial e na fase investigatória, o Ministério Público terá que respeitar as garantias constitucionais do acusado, como ampla defesa e o contraditório, para que não ocorra abuso por parte deste.

Não é cabível alegar que a investigação criminal feita pelo Ministério Público seria uma afronta aos princípios constitucionais ao acusado, pois

---

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**, n.º 593.727, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de maio de 2015.

toda investigação independente de ser policial, ou feita pelo órgão ministerial, deve respeitar as garantias do acusado ou da pessoa sob investigação, sendo que esse entendimento ficou pacificado nesse ano de 2015 com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, sobre o poder de investigação do Ministério Público feito pelo Supremo Tribunal Federal. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária.** Rio de Janeiro. 22 jan. 2004. 22p. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_textos\\_interesses/investigacao\\_MP.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf). Acesso em: 07 out. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **MP fora d'água.** Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29589,1>>. Acesso em 07 set. 2015, p.1

\_\_\_\_\_. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Lei Complementar nº 75/93, de 21 de maio de 1993. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, DF, 21 de mai.1993.p.6865.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Lei Ordinária nº 8.625/93, de 12/02/1993. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, DF, 12 de mar.1993. p. 1997.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal, **Habeas Corpus.** Tortura. Concussão. Ministério Público. Atos Investigatórios. Legitimidade. Atuação Paralela à Polícia Judiciária. Controle Externo da Atividade Policial. Órgão Ministerial que é titular da Ação Penal. Inexistência de Impedimento ou Suspeição. Súmula nº 234/STJ. Ordem Denegada **Habeas Corpus**, nº 84.266, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal, **Habeas Corpus.** Poder de Investigação do Ministério Público. Suporte crime de tortura praticado por policiais militares. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. Ordem Denegada. **Habeas Corpus**, nº 93.930, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**, nº 593.727, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de maio de 2015.

CALABRICH, Bruno “**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**”, p. 103/104, item n. 3.4, *Revistas dos Tribunais*, 2007.

CAMARA FEDERAL, Regimento Interno, disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento\\_interno/RIpdf/regInter-no.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/regInter-no.pdf)> acesso em 24 de out. 2015.

FURTADO, VALTER, As 15 razões para o Ministério Público investigar infrações penais. **Boletim IBCCRIM**, nº 139/10-11, Ano 12, junho de 2004).

GOMES, Luiz Flávio. **Questão de limite. Ministério Público não tem poder para presidir investigação**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24063,1>>. Acesso em: 07 out. 2015. Ou [http://www.conjur.com.br/2004-mai-20/ministerio\\_publico\\_ nao\\_poder\\_presidir\\_investigacao](http://www.conjur.com.br/2004-mai-20/ministerio_publico_ nao_poder_presidir_investigacao).

LOPES NETO, Waldemiro Gomes. A investigação criminal pelo Ministério Público. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 04 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.20858&eo=1>>. Acesso em: 11 out. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed. Forense, 1999.

MORAIS, Alexandre, **Direito Constitucional**, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Carlos. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Edipro, 2002.

STRECK E FELDENS. **A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Regimento Interno, disponível em < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Setembro\\_2015\\_ versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_ versao_eletronica.pdf) > acesso em 24 de out. 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. 164p.

VARJÃO DE AZEVEDO, Bernardo Montalvão. Algumas considerações acerca do inquérito policial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, 1mar.2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3828>>. Acesso em: 1 out. 2015.



# Responsabilidade Civil Sem Dano-Prejuízo?

## *Civil Responsibility Without Damage?*

**Pastora do Socorro Teixeira Leal**

*Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Carlos III (Madrid). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Desembargadora do TRT da 8ª Região. Pesquisadora de Responsabilidade Civil Contemporânea.*

**Alexandre Pereira Bonna**

*Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia e da Devry/Faci. Professor Orientador do Grupo de Responsabilidade Civil da Liga Acadêmica Jurídica do Pará na área de Responsabilidade Civil. Advogado.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 2 fundamentos constitucionais para a responsabilidade civil sem dano-prejuízo; 3 fundamentos econômicos para a responsabilidade civil sem dano-prejuízo; 4 conclusões; 5 referências.

**RESUMO:** Aborda a problemática que envolve a obrigatoriedade ou não do elemento dano para configurar a responsabilidade civil, mostrando a visão clássica da responsabilidade civil e a contemporânea, assentada nas exigências constitucionais da dignidade humana e solidariedade. Aprofunda as categorias do dano-evento e do dano-prejuízo, de modo a identificar se é possível configurar a responsabilidade civil apenas com a presença do dano-evento. Aprofunda o viés preventivo da responsabilidade civil a partir do novo matiz constitucional. Apresenta tese de que existe responsabilidade civil sem o dano-prejuízo, limitado apenas ao dano-evento, explicando as bases constitucionais que apoiam essa opção hermenêutica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil; Função Preventiva; Dano-Evento; Dano-Prejuízo.

**ABSTRACT:** It addresses the problematic involving if it is possible civil responsibility without an effectiveness loss, showing classic view of the civil responsibility and a contemporary one, based on the constitutional requirements of the human dignity and solidarity. It deepens the damage-event and damage-impairment categories, so as to identify whether it is possible to set up a civil liability only with a damage-event presence. It deepens the preventive bias of civil liability from the new constitutional nuance. It presents thesis that there is civil liability without harm-injury, limited only to damage-event, explaining the constitutional bases that support this hermeneutic option.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility; Discouragement Function; Damage As Violation Of Rights; Damage As An Effectiveness Loss.

## INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO DA TEMÁTICA

Desde a consolidação da responsabilidade civil como um ramo autônomo do direito civil, doutrina e jurisprudência vinham formando uma voz uníssona quanto à umbilical relação entre responsabilidade civil e a constatação do elemento dano, como consequência do princípio de não lesar outrem (*neminem laedere*), sendo inócua falar em obrigação de reparar (responsabilidade civil) o dano sem a existência do mesmo.

No Brasil, o pressuposto ficou mais fortalecido a partir do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual, aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Adicionalmente, com a evolução das hipóteses de responsabilidade objetiva, passou-se à clássica assertiva: há responsabilidade civil sem culpa, mas nunca sem dano, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes.

Nesse espectro, se tornou uma máxima a referida proposição, sempre tendo como pressuposto a inarredável constatação de uma consequência lesiva no patrimônio material ou existencial para a imposição de um dever de indenizar, que tem por objeto o reestabelecimento do momento anterior à ocorrência do dano e/ou a compensação do dano irreparável sofrido, como destaca Sérgio Cavalieri Filho<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio des-

Nesse mesmo sentido, recente dissertação de mestrado apresentada por Silvano José Gomes Flumignan à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP buscou investigar a discussão sob outra perspectiva, contribuindo sobremaneira ao diferenciar o dano-evento do dano-prejuízo, defendendo que uma visão completa do dano só é viável a partir da compreensão dessas duas dimensões do dano.

O dano, sob uma perspectiva, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse juridicamente protegido (dano-evento); por outra perspectiva, o dano será a consequência da lesão (dano-prejuízo). A conclusão a que chega o autor é a de que a consolidação jurídica do dano necessita da constatação de ambas as esferas do dano: “para a caracterização (...) do dever de ressarcir, ambos precisam estar presentes. Quanto a este ponto não há exceção”<sup>2</sup>.

Desse modo, a referida tese mantém a interpretação majoritária e clássica capitaneada por Sérgio Cavalieri Filho, no sentido de que a responsabilidade civil tem como principal função a reparatória, e, por óbvio, sem o respectivo dano-prejuízo, nenhuma importância terá a violação abstrata de interesses juridicamente protegidos, porque “o dano-consequência será o objeto da pretensão ressarcitória. Sem a consequência danosa, pode haver até a responsabilidade penal, a civil jamais”<sup>3</sup>.

Contudo, apesar da coerência dessa corrente com os pressupostos por ela traçados, ousa-se discordar. O desconcerto a ser abordado no presente artigo é possível por meio de um novo olhar para a responsabilidade civil, com novos pressupostos assentados no matiz constitucional inaugurado a partir da Constituição Federal de 1988, quando será possível defender a suficiência do dano-evento para configurar a responsabilidade civil.

Portanto, será possível falar em responsabilidade civil sem dano-prejuízo, caso se conceba a responsabilidade civil em sentido amplo e com o objetivo de desestimular condutas censuráveis e violadoras de direito (dano-evento). Nesse viés, ao indagar sobre a possibilidade de responsabilidade civil sem dano, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald afirmam que a resposta será negativa se o pressuposto for em termos de responsabilidade civil clássica no sentido de reparar danos

---

morona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar. (...) O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76-77).

2 FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2009.

3 FLUGMINAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo**, p. 124.

injustos, pressuposto assentado há três séculos. De fato, em uma perspectiva puramente reparatória, impossível defender uma responsabilidade sem dano, porque a responsabilidade civil se resumiria a reparar e nada mais<sup>4</sup>.

## 2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO-PREJUÍZO

A possibilidade de assentar a responsabilidade civil em um pilar diverso do unicamente reparatório se solidifica dentro de uma revisão mais ampla de categorias do direito privado à luz da Constituição, tornando possível à responsabilidade civil desempenhar funções diversas da reparatória, como reflexo das novas exigências advindas da falência do modelo jurídico liberal.

O primeiro pressuposto liberal que entrou em crise foi a ideia de que as pessoas eram “livre e iguais”. A liberdade foi pré-requisito para a formação do Estado como consequência da vontade livre de todos, ideia liberal esta que se transfere para outras esferas, como no contrato, no qual há força obrigatória de tudo o que é pactuado justamente porque as partes são “livres” para contratar. Contudo, esse dogma não era condizente com a profunda desigualdade e relações de poder no bojo das relações Estado-cidadão, fornecedores-consumidores e empregadores-empregados.

A igualdade foi proclamada como uma exigência apenas no plano formal, o que é demasiadamente importante para rechaçar privilégios de grupos ou pessoas, assegurando um tratamento isonômico perante a lei e o direito. Contudo, do mesmo modo como o fator liberdade entrou em colapso, a igualdade também ganhou outro sentido, a partir das exigências de uma sociedade com justiça distributiva e social, apta a promover e efetivar a igualdade substancial.

O Código Napoleônico de 1807 trouxe consigo uma série de características que representavam bem o ideal burguês. O código foi inspirado no projeto iluminista de expandir os mercados, firmar a liberdade e anular os monopólios, e, pra isso, sacramentou a proteção da livre contratação e autonomia das partes. Outra característica importante foi o espírito de que a lei poderia ser completa e perfeita na tarefa de regular a vida em sociedade, de modo que as leis escritas, em razão da segurança jurídica respectiva, poderiam compreender todas as regras em vigor<sup>5</sup>.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p.57.

5 TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian. **Desde outra mirada**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2011, p. 163.

A ideia de completude representada pelo movimento de codificação teve como pressupostos a concepção de que o direito corresponde à vontade soberana, sendo o direito reflexo da “vontade do legislador”, motivo pelo qual o direito poderia ser equiparado a qualquer outro conhecimento, havendo para cada problema jurídico uma resposta previamente fixada e adequada, como acentua Sebastián Ernesto Tedeschi: “Las reglas del derecho son proposiciones y, como tales, son predicaciones de una cualidad de un ente. (...) Los elementos que constituían esta ideología era: descriptivismo, sistematicismo y conceptualismo”<sup>6</sup>.

Deste modo, no modelo liberal, a autoridade do Estado não se manifestava nas miríades das relações privadas, pois se concebia que nessa esfera o Estado deveria ser neutro e a economia e iniciativa privada livres. Contudo, o fundamento da referida inércia estava calcado numa concepção de igualdade puramente formal e de liberdade, ambas falaciosas, trazendo como consequência “a prevalência dos valores relativos à apropriação de seus bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial”<sup>7</sup>.

Acreditava-se que a competição no âmbito privado e o livre mercado sem a intervenção estatal trouxesse “de maneira não intencional, a harmonia social e o interesse geral”<sup>8</sup>, porém as escolhas e estratégias no mundo dos negócios no tocante à qualidade e segurança “são debatidas num contexto de custo e benefício” (Tradução Livre)<sup>9</sup>, o que apenas reflete a fraca noção de vínculos de dependência e solidarização no âmbito das relações privadas, marcado pelo valor da competitividade e não da dignidade humana, justiça distributiva e solidariedade.

Destarte, iniciou-se um movimento constitucional atento às exigências sócio-econômico-culturais, tão carentes no modelo jurídico liberal, sendo a Constituição Federal de 1988 no Brasil um exemplo disso, que impôs claramente limites à ordem econômica e à iniciativa privada ao

---

6 TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian. Desde outra mirada, p. 164.

7 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

8 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente**. In: BODIN, Maria Celina Bodin; et al. (Org). Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142.

9 SEBOK, Anthony J. Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, Vol. 92, 2007, p. 166.

sedimentar o comando ético de respeito à dignidade da pessoa humana como dever jurídico (art. 1<sup>a</sup>, III), ao estabelecer como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3<sup>a</sup>, III e IV); ao prever a inviolabilidade de interesses existenciais do ser humano (art. 5<sup>a</sup>, V e X); ao exigir que a propriedade cumpra a sua função social (art. 5<sup>a</sup>, XXIII); ao prever a proteção de inúmeros direitos sociais (arts. 6<sup>a</sup> a 11<sup>a</sup>); ao estabelecer como dever do Estado a proteção do consumidor e estipular que a ordem econômica deve observar a defesa do consumidor (arts. 5<sup>a</sup>, XXXII e 170, V).

Assim, o direito constitucional passa a se infiltrar no direito privado, e não é diferente com a responsabilidade civil, orientando e garantindo uma interpretação das categorias clássicas do direito privado no ideal de proteger a pessoa humana em todas as suas dimensões básicas, como em relação à vida, liberdade e igualdade. Assim, a interpretação e construção do direito civil deve ser influenciada pelos ditames constitucionais, e o direito civil (com a responsabilidade civil não deve ser diferente) se torna instrumento para a realização dos bens humanos básicos, como explica Sebastián Ernesto Tedeschi<sup>10</sup>.

Nesse viés, os inúmeros comandos da Constituição impactaram sobremaneira no direito privado, determinando agora a prevalência do ser (interesses existenciais) sobre o ter (interesses patrimoniais e econômicos), o que tornou o Código Civil de 1916 (marcado por regras abstratas e sem sensibilidade com a vulnerabilidade) incapaz de atender a esse novo horizonte, marcado por “restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para o desenvolvimento e preservação da dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico do direito civil, consolidado no Código de 1916”<sup>11</sup>.

Nessa perspectiva, as categorias clássicas do direito privado, como a responsabilidade civil, passaram a ganhar releitura e redimensionamento, para ter a sua atuação em harmonia com os interesses existenciais protegidos pela Carta Magna, visto que a superação do modelo burguês implicou em um controle das práticas privadas pelo Estado (Legislador, Juiz ou Execu-

---

10 De un derecho privado construido sobre la base de la parte general y el derecho de las obligaciones del derecho civil hemos pasado al fenómeno inverso. Podemos mencionar la crisis de la noción de persona, que recibió el impacto de la genética creando nuevos status jurídicos; los derechos personalísimos, que surgen en los tratados y constituciones, y desde allí penetran en los códigos (TEDESCHI, El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian. **Desde outra mirada**, p. 169/170).

11 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, p. 7.

tivo), no qual “a cidadania deixa de ser considerada apenas uma relação política entre o indivíduo e o Estado, para se fazer presente em outros níveis e espaços sociais e econômicos, como, por exemplo, na empresa”<sup>12</sup>

Nesse contexto, a subsistência da neutralidade do Estado na economia poderia representar a perpetuação do domínio econômico de uns sobre outros, a manutenção de práticas ultrajantes e censuráveis e a intensificação das desigualdades sociais e econômicas. Em outras palavras, o Estado acabaria por privilegiar que “a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégio dos fortes, baseado numa ética individualista”<sup>13</sup>.

É justamente nessa grave distorção que a responsabilidade civil pode se impor como instrumento de efetividade da dignidade humana, solidariedade social e justiça distributiva, nos casos em que restar caracterizada a violação de direitos e/ou interesses juridicamente protegidos no plano abstrato (dano-evento) sem a consolidação da consequência lesiva (dano-prejuízo). De que modo? A partir da imposição de uma verba indenizatória de cunho punitivo-preventivo, denominada de *punitive damages* (indenização punitiva), fomentando um desestímulo de cunho econômico a atividades ou condutas violadoras de direitos e potencialmente causadoras de danos-prejuízos, ao mesmo tempo em que impõe um padrão de comportamento socialmente desejável, inibindo outros potenciais violadores de direitos a não incorrer na mesma prática.

Tal reconstrução da responsabilidade civil, engendrada pelo protagonismo da Constituição de 1988 como centro irradiador de princípios para o direito privado, fomenta a proteção da dignidade, na medida em que inibe condutas potencialmente causadoras de danos à pessoa humana, considerando o desestímulo imposto pela verba indenizatória, que tornará desvantajoso violar direitos.

No mesmo sentido, a responsabilidade civil atua como um mecanismo de efetivação da solidariedade social, impondo que nas atividades e práticas, no momento da escolha da qualidade e segurança, seja considerado o bem do outro como razão para o agir. Ou seja, o que é improvável de ocorrer no bojo de relações privadas de massa se torna viável a partir do receio de sanção com uma indenização de cunho punitivo e preventivo, o que acaba por fixar um padrão de comportamento desejável, fazendo

---

12 Idem, p. 7.

13 Idem, p. 5.

que mesmo naquelas atividades que ainda não sejam marcadas por danos-prejuízos haja uma reprimenda da ordem jurídica no sentido de inibir/atenuar a probabilidade de dano-prejuízo futuro pela simples constatação de um dano-evento, ou seja, de uma conduta violadora de interesses juridicamente protegidos.

Por fim, a responsabilidade civil passa a ser vista como mecanismo de efetivação da Justiça Distributiva, na medida em que a verba indenizatória de cunho punitivo atingirá o bem comum e contribuirá para uma justa distribuição de encargos na sociedade de massa e de risco. Portanto, a responsabilidade civil não é apenas um instrumento da justiça comutativa – tendo por objeto a reposição de perdas injustamente causadas – mas também de justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar e as oportunidades de florescimento do ser humano<sup>14</sup>.

Trocando em miúdos, a justiça distributiva parte do pressuposto de que não são todos os seres humanos que possuem as condições essenciais para o florescimento e atualização de suas potencias (realização de projetos de vida), motivo pelo qual para que se persiga o ideal de que todos alcancem a sua felicidade a partir da efetivação dos bens humanos básicos (como a vida, a sociabilidade, o jogo, conhecimento, experiência estética, dentre outros) deve haver – em uma sociedade extremamente desigual – uma efetiva colaboração das pessoas, sendo o papel da justiça distributiva coordenar o a distribuição de recursos, oportunidades, lucros, ônus, vantagens, papéis, responsabilidades, e encargos<sup>15</sup>.

A responsabilidade civil é sim um problema também de justiça distributiva, pois deve ser motivo de reflexão por parte dos juízes, advogados, defensores, legisladores e procuradores se – à luz dos novos comandos constitucionais – ela não deve ser adequadamente dimensionada de modo a atribuir o ônus de arcar com indenizações punitivas e preventivas para o caso de violações constantes e graves de interesses juridicamente protegidos, possibilitando o fomento do bem comum e dos bens humanos básicos na medida em que inibe conduta presente potencialmente causadora de dano-prejuízo futuro.

---

<sup>14</sup> FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p.165.

<sup>15</sup> Idem, p. 167-173.



No contexto atual de uma Constituição Cidadã inserida no bojo de uma sociedade complexa, massificada e de risco, deve ser matéria da responsabilidade civil indagar: quais são os padrões de conduta que uma pessoa deve ter em relação ao outro? Qual deve ser a extensão da responsabilidade e em quais circunstâncias? Como devem os riscos da vida em comum ser divididos? Esse esquema busca garantir a justiça distributiva para compensar todos que sofrem dano no curso da vida, ao passo que a justiça comutativa visa apenas a reparar/compensar alguém que sofreu um dano-prejuízo de outrem, uma vez que assentada no viés eminentemente reparatorio.

O ideal liberal de um Estado neutro deve ser substituído por um Estado atuante no bojo das práticas sociais privadas de mercado, de modo a estabelecer um padrão de comportamento desejável, independentemente de a atividade ou conduta ter causado concretamente a consequência lesiva, sendo suficiente o dano-evento, desde que essa violação ao interesse juridicamente protegido seja marcada por atos reiterados, ultrajantes, mais graves que os outros e sejam caracterizados por alto grau de indiferença perante o outro. Por esse motivo, não se defende aqui a aplicação indiscriminada de uma verba de cunho punitivo para toda e qualquer violação de interesses jurídicos, mas sim a aplicação do instituto como uma arma dos vulneráveis contra os mais fortes e poderosos diante de manobras para vilipendia-los e maculá-los por parte de alguém mais pujante<sup>16</sup>.

### 3 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO-PREJUÍZO

A delimitação dos contornos de uma responsabilidade civil sem dano-prejuízo tem o fundamento de cunho constitucional, mas também é possível edificar a obrigação de arcar com uma verba punitiva/preventiva sob uma perspectiva econômica. Isso só é possível porque a responsabilidade civil não se resume à obrigação de reparar ou compensar um dano-prejuízo (salvo na visão estrita da responsabilidade civil), visto que em seu sentido amplo, a responsabilidade civil tem outras funções, como a preventiva e a punitiva, que são complementares e não excludentes, como destacam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald<sup>17</sup>.

16 RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*. The American university law review, vol. 42, 1993, p. 1.285.

17 O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social. Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque (...) através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: punição, precaução e compensação. Responsabilizar' já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, 'responsabilizar' se converteu

A visão estrita da responsabilidade civil entende que o Estado-Juiz não pode atuar anteriormente à produção do dano-prejuízo, ao passo que uma concepção mais ampla da responsabilidade civil, desenvolvida na presente pesquisa, denota que é mais do que seu dever reprimir condutas marcadas por constantes, reiteradas e graves violações de interesses juridicamente protegidos. Isso não significa uma interferência arbitrária e prematura na autonomia privada, mas tão somente uma resposta do ordenamento jurídico a uma atividade que mais cedo ou mais tarde irá produzir o momento patológico do dano-prejuízo.

Essa reação do Estado-juiz a casos graves tem um viés claramente econômico, pois reformula o sentido de responsabilidade civil para o fim de a mesma servir como instrumento de desestímulo de condutas indesejadas, ao mesmo tempo em que se presta para eliminar o lucro ilícito e impor um padrão de justiça e comportamento esperado tanto para o ofensor como para outros potencialmente transgressores como ele.

Ou seja, haverá atos de tamanha gravidade e articulação, que a mera indenização compensatória manterá aflorado o ambiente de ilegalidades e produção de danos. É para esses danos, considerados mais graves por algumas características, que a função punitiva da responsabilidade civil se revela adequada. Enquanto o intento de compensar ou indenizar o prejuízo sofrido se concentra nas consequências suportadas pela vítima, na indenização punitiva, o foco é a gravidade do comportamento do agente causador do dano<sup>18</sup>.

A verba punitiva/preventiva será de grande valia para a hipótese de o ofensor desempenhar uma atividade danosa (dano-evento) em relação à qual tem pouca chance de ser responsabilizado, seja porque não foi efetivado dano-prejuízo, seja porque, mesmo tendo sido consolidado o dano-prejuízo, este é de pequena monta e as vítimas não somarão esforços para obter a reparação/compensação. Nesse cenário, o transgressor não terá nenhum desestímulo que o obstaculize de perpetrar condutas violadoras de interesses juridicamente protegidos.

A fixação de valor indenizatório nessas circunstâncias teria por objetivo impor ao ofensor a obrigação de pagar por um preço que torne mais vantajosa a manutenção de níveis adequados de segurança e qualidade do que a continuidade de práticas danosas. “Os *punitive damages* devem ser

---

em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD. *Novo Tratado de responsabilidade civil*, p. 57).

18 BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.39-40.

ordinariamente concedidos se, e somente se, o agressor tem uma chance de escapar da sua responsabilização (Tradução Livre)”<sup>19</sup>.

Ao atuar dessa forma, o Poder Judiciário estaria impactando diretamente nas escolhas do poder privado e conseqüentemente no nível de importância que será dado a questões como segurança e qualidade, pois sempre as escolhas serão feitas tendo em vista a margem de lucro e maximização dos benefícios próprios, havendo de um lado a balança da minimização dos dispêndios e o conseqüente pagamento de verbas punitivas e, de outro, a relacionada ao incremento em segurança e qualidade. Se a segunda balança for mais vantajosa economicamente, a responsabilidade civil com viés punitivo/preventivo terá desempenhado bem o seu papel de prevenção de danos à luz do novo perfil constitucional da mesma.

A redução da responsabilidade civil às suas bases clássicas de mais de duzentos anos atrás implicará na procura desenfreada, maliciosa e estrategicamente pensada pela competitividade e obtenção do lucro, em que são ignorados os valores da dignidade humana, solidariedade e justiça distributiva anteriormente tratados. Nessa perspectiva, à responsabilidade civil não caberia mais nada diante de danos-eventos conscientes e decorrentes de escolhas delicadamente estudadas, perdendo a possibilidade de atuar ativamente como mecanismo de desequilíbrio econômico<sup>20</sup>.

Uma eventual crítica à tese aqui exposta deve ser objeto de reflexão. Trata-se da acusação de que verba indenizatória de caráter punitivo/preventivo sem a ocorrência do dano-prejuízo geraria enriquecimento sem causa. Em primeiro lugar, nada impede a aplicação analógica do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, de modo a destinar a indenização punitiva a um fundo, não ensejando o recebimento da importância por nenhuma vítima, mas não deixando de atuar no intento de desestimular.

Em segundo lugar, mesmo que a vítima receba a verba punitiva, não haveria enriquecimento sem causa, porque um dos requisitos para a sua

---

19 POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive damages: an economic analysis*. In: *Litigation services handbook: the role of the financial expert*. WEIL, Roman L.; WAGNER, Michael J.; FRANK, Peter B. 3<sup>o</sup> ed. New York: John Wiley e Sons, 2001, p. 2-3.

20 No cálculo dos meios eficientes para a obtenção dos fins, o risco de dano à pessoa somente será elemento relevante se o dano implicar prejuízo (econômico) à variável da equação que impõe a minimização das perdas. (...) No curso de atividades econômicas, de danos que afetem a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil pode ter um papel relevante. A operacionalização desse instituto pode produzir uma intervenção na relação meios-fins da atividade econômica, tornando ineficiente aquilo que pode violar o princípio da dignidade (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente**. In: BODIN, Maria Celina Bodin; et al. (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, p. 144).

configuração é que o enriquecimento seja indevido, não havendo a constatação de um enriquecimento da vítima e o empobrecimento do ofensor injustamente, mas sim em decorrência de uma atividade lesiva de interesses juridicamente protegidos<sup>21</sup>.

## 4 CONCLUSÕES

Qualquer tentativa de reduzir a responsabilidade civil ao seu caráter reparatório/compensatório obstaculiza a sua grande capacidade preventiva, pois a responsabilidade civil em seu sentido amplo tem diversos outros pilares: “prevenir comportamentos antijurídicos, punir condutas reprováveis e se acautelar diante de atividades potencialmente danosas”<sup>22</sup>.

Nesse desiderato, torna-se viável e adequado para casos de extrema gravidade, marcados por profundo desrespeito aos direitos alheios e reiteração de condutas danosas a condenação a uma verba indenizatória mesmo sem a consolidação do dano-prejuízo<sup>23</sup>.

A tese da presente pesquisa está calcada num processo complexo de ressignificação e redimensionamento de categorias clássicas do direito privado, como a responsabilidade civil, visto que “los códigos subsisten (...) siempre hay nuevos intentos de sistematizar. (...) Lo que está en crisis son los principios generales del derecho civil”<sup>24</sup>.

A releitura de categorias clássicas do direito privado, na qual está inserida a possibilidade de uma responsabilidade civil sem dano-prejuízo, passa pela redefinição da divisão entre público e privado; b) reconsideração das abordagens multidisciplinares internas e externas; c) construção de novos princípios gerais para o direito privado e d) nova visualização dos conflitos jurídicos como parte de um conflito social, em que o público é aquilo que aparece em público e designa o mundo que nos é comum<sup>25</sup>. ❖

21 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In: BODIN, Maria Celina Bodin; et al. (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, p. 148.

22 FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *Novo Tratado de responsabilidade civil*, p. 58.

23 Pessoas que participem de racha de veículos serão sancionadas pela sua conduta extremamente reprovável de exposição de um número indeterminado de pessoas ao risco de sua atividade, a par do fato de que o evento tenha deflagrado danos econômicos ou existenciais em face de terceiros. Uma montadora de veículos poderá ser condenada a uma punição privada pela extrema negligência em retardar a convocação de um recall, pelo simples fato da extrema possibilidade de causar danos aos consumidores de seus veículos (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, *Novo Tratado de responsabilidade civil*, p. 59).

24 TEDESCHI, Sebastián Ernesto. *El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales*. In: COURTIS, Christian. *Desde outra mirada*, p. 173.

25 TEDESCHI, Sebastián Ernesto. *El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos*

## REFERÊNCIAS

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2<sup>o</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

\_\_\_\_\_. Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Natural Law Theories*. First published Mon Feb 5, 2007; substantive revision Wed Nov 4, 2015.

\_\_\_\_\_. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press. Londres: 2008.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2009.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. In: WEIL, Roman L.; WAGNER, Michael J.; FRANK, Peter B. *Litigation services handbook: the role of the financial expert*. 3<sup>o</sup> ed. New York: John Wiley e Sons, 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American university law review*, vol. 42, 1993, p. 1.269-1.333.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: BODIN, Maria Celina

---

del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian. Desde outra mirada, p. 174-180.

Bodin; et al. (Org). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEBOK, Anthony J. Punitive damages: from myth to theory. **Iowa Law Review**, Vol. 92, 2007.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El Waterloo del Código Civil Napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian. **Desde outra mirada**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2011, p. 159/181.

# Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea

**Fabiano Gonçalves Carlos**

*Advogado, Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá, Professor convidado do FGV Law Program da Escola de Direito da FGV Direito Rio, Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito do Estado e em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ*

**RESUMO:** As profundas transformações do Estado e da sociedade no século XXI exigem uma mudança de compreensão acerca do sentido e alcance do princípio da separação de poderes. O esquema tradicional tripartite, idealizado a partir de uma racionalidade rígida, não se demonstra mais adequado para satisfazer as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade. Em plena sociedade pós-moderna, não deve ser cogitada a visão oitocentista de separação de poderes, cuja justificativa é a proteção da liberdade individual em face de um monarca absolutista, resultando em uma divisão rígida das funções políticas do Estado em compartimentos estanque. Da nova organização do Estado e da sociedade provém novos organismos que também exercem poder político, mas que, na essência, não se amoldam a nenhuma das clássicas funções da tripartição. Atualmente, importa mais investigar como se exerce o poder político, por meio de mecanismos de controle, do que saber quem o exerce. Também surge como tendência contemporânea da separação de poderes a leitura do princípio como instrumento de cooperação, harmonia e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político e instâncias independentes, com vista à construção de um ambiente institucional estável para a manutenção da democracia, a realização do bem da coletividade e promoção dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** separação de poderes - Estado - divisão de funções - controle - democracia - direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The profound transformation of state and society in the twenty-first century require a change in understanding of the meaning and scope of the principle of separation of powers. The traditional tripartite scheme, devised from a strict rationality, is no longer adequate to meet the increasingly sophisticated demands of society. In full postmodern society, should not be entertained a vision of nineteenth-century separation of powers, whose justification is the protection of individual freedom in the face of an absolute monarch, resulting in a rigid division of political functions of the state in watertight compartments. The new organization of state and society comes new organisms that also exert political power, but in essence, do not fit any of the classical functions of classical tripartition. Nowadays, it has much greater importance to investigate how political power is exercised through control mechanisms, than knowing he exercises. Also appears as contemporary trend of separation of powers principle of reading as a tool for cooperation, harmony and balance between the executive organs of political power and independent bodies, with a view to building a stable institutional environment for the maintenance of democracy, the realization of collective good and promotion of fundamental rights.

**KEY-WORDS:** separation of powers – state – division of functions – control – democracy – fundamental rights.

1. Introdução. 2. Breve análise histórica e gênese teórica: 2.1. Da antiguidade clássica à formulação de Locke: a origem teórica da separação de poderes; 2.2. A sistematização racional de Montesquieu; 2.3. A doutrina norte-americana dos *checks and balances*: a complementação da teoria da separação de poderes. 3. Do conceito clássico à noção contemporânea: 3.1. A insuficiência da aceção clássica da separação de poderes; 3.2. Necessidade de reavaliação da matriz clássica do princípio da separação de poderes; 3.3. O conteúdo jurídico da nova separação de poderes; 3.3.1. A separação de poderes como divisão racional de atribuições entre órgãos estatais distintos; 3.3.2. A superação da tripartição clássica; 3.3.3. Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. 4. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de buscar definir o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes na contemporaneidade. En-



quanto pressuposto do Estado Democrático de Direito, além da faceta política, o princípio da separação de poderes constitui uma espécie do gênero norma jurídica, cujo conteúdo possui, simultaneamente, uma zona de colisão sujeita a variações no tempo e no espaço, e um núcleo essencial que opera como regra, definindo comportamentos objetivos do ente estatal e daqueles que lhe façam as vezes.

Partindo da origem teórica fundada na concepção tripartite e chegando ao conceito jurídico atual de separação de poderes, no presente artigo pretende-se realizar um juízo reflexivo sobre a necessidade de se estabelecer uma nova leitura do princípio, tendo em vista as novas demandas da sociedade e, conseqüentemente, as mudanças no modelo de Estado contemporâneo voltadas para o seu atendimento.

O problema a ser respondido impõe investigar se a matriz clássica do princípio da separação de poderes, forjada de acordo com a ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, seria suficiente para que o Estado contemporâneo, no desempenho de suas funções, possa atender satisfatoriamente as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade pós-moderna. Isto é, indaga-se a necessidade de alinhamento entre o conteúdo jurídico da separação de poderes e o modelo contemporâneo de Estado resultante das novas reivindicações das sociedades plurais do século XXI, o que exigiria uma releitura da formulação clássica do princípio.

O tema da separação de poderes envolve questão central e relevante da Filosofia Política, da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, relacionada à preocupação universal de se impor limites à ação dos detentores do poder político, visando, em última análise, à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nas palavras de Höffe, “(...) em todos os lugares que se impõem aos dominadores determinados regulamentos (...) existem indícios de separação de poderes.”<sup>1</sup> Daí a importância do tema, que justifica a elaboração do presente artigo.

A metodologia utilizada no presente artigo é a da pesquisa teórica, pois o estudo busca fazer uma análise da doutrina da separação de poderes desde suas origens, a partir de elementos teóricos que permitam explicar cientificamente as informações lançadas e as conclusões obtidas.

---

1 HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

## 2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E GÊNESE TEÓRICA

### 2.1. Da antiguidade clássica à formulação de Locke: a origem teórica da separação de poderes

Pelo menos desde a antiguidade clássica são empreendidos esforços para o estudo e compreensão do fenômeno da separação de poderes. Tanto é assim que a teoria da constituição mista de Aristóteles é considerada a origem remota da doutrina da separação de poderes.<sup>2</sup>

De seu turno, a noção de separação de poderes como instrumento garantidor da liberdade individual surge na Inglaterra do século XVII, estritamente associada à ideia de *rule of law*. A *rule of law* é considerada a matriz histórica do Estado de direito, e, também, a origem próxima da doutrina da separação de poderes como técnica de distribuição orgânico-funcional do poder estatal.

Em termos sumários, pode-se dizer que a *rule of law* consistia em um movimento com pretensões antiabsolutistas, cujo objetivo era garantir a liberdade dos indivíduos pela divisão e limitação do exercício do poder político centralizado nas mãos do soberano, visto que a concentração de forças e prerrogativas (funções legislativa e executiva) em um único órgão poderia levar à arbitrariedade e à tirania.

É de Miranda a afirmação segundo a qual a *rule of law* consistia no conjunto de princípios, nas instituições e nos processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais à salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, “à luz da ideia de que o direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder.”<sup>3</sup>

Coube a John Locke, no entanto, a partir do padrão racional da modernidade, a primeira sistematização científico-doutrinária do princípio

---

2 Constituição mista é aquela em que vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ao contrário das constituições puras, nas quais somente um grupo ou classe social é titular quanto ao exercício do poder político. Na antiguidade clássica entendia-se a constituição não como o documento juspolítico conformador do Estado, mas sim como o modo pelo qual as cidades-estado gregas (*polis*) se organizavam e, ainda, como se revelava, do ponto de vista prático, o exercício do poder político e a sua relação com as estratificações sociais fortemente presentes naquela época. Segundo afirmado por Piçarra, no modelo aristotélico de constituição mista consta apenas uma ideia que andarà associada à doutrina da separação dos poderes, já numa fase avançada de sua evolução: a “do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional”. Convém observar que Piçarra defende a constituição mista como uma forma de reação do nível institucional sobre o nível social, proporcionando, deste modo, o equilíbrio global do sistema político estatal. Vide PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 36.

3 MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa, 1978, p. 473-474, nota 1.

da separação de poderes, muito embora esta afirmativa não seja objeto de consenso entre os autores contemporâneos. Mesmo assim, Locke pode ser considerado o primeiro autor moderno a formular a teoria da separação de poderes nos moldes do liberalismo clássico.<sup>4</sup> Nesse sentido, Canotilho ensina que o pensador inglês é o autor que “de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes.”<sup>5</sup> Tendo como premissa o contrato social, a construção teórica de Locke acerca da separação de poderes supõe que a sociedade política, que seria titular de uma espécie de poder supremo, instituiria um governo ao qual seriam conferidos os poderes de fazer as leis e de tutelar a proteção coletiva e individual dos seus integrantes. O exercício desta função seria confiada a um órgão supremo denominado Poder Legislativo.

A nota característica da teoria da separação de poderes de Locke reside na supremacia do poder legislativo sobre o executivo. Contudo, para o pensador inglês, deveriam existir outras esferas competentes para o exercício do poder político, uma vez que a concentração dos poderes de legislar e de executar permanentemente as leis e de julgar as questões controvertidas num único órgão provocaria uma “tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição.”<sup>6</sup>

Na forma concebida por Locke, que se vinculava especialmente à Constituição inglesa, os poderes do Estado não se restringiriam ao legislativo e ao executivo (incluída a atividade jurisdicional), pois ele reconhecia também os poderes federativo e de prerrogativa, do que resultava uma divisão funcional quadripartida.<sup>7</sup>

Por sua vez, sob o aspecto orgânico, Locke traçou a distinção entre Parlamento (função legislativa) e Coroa (função executiva mais a jurisdicional, federativa e de prerrogativa). Para justificar teoricamente sua doutrina

---

4 Ver PICARRA, N. Obra citada p. 63. Para o autor, “Podem resumir-se a três as opiniões sobre John Locke a propósito da autoria da doutrina da separação dos poderes: i) a que o vê como seu autor original; ii) a que, atribuindo a Montesquieu a exclusiva autoria da doutrina, vê em Locke um mero precursor daquele, na medida em que na sua obra política fundamental, os *Two Treatises of Government*, apenas se encontram traços rudimentares e incompletos da doutrina; iii) e, finalmente, a de que não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais.” Ver também DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 217.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Ed., Livraria Almedina: Coimbra, 1999, p. 538.

6 CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Livraria Almedina: Coimbra, 1986, p. 191-192.

7 Para aprofundamento no tema ver BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2007.

da separação de poderes no contrato social, Locke buscou conciliar o afastamento da influência do estado de natureza sobre os homens, os subordinando ao poder do Estado mediante a imposição de limites ao exercício do poder político pelas leis.<sup>8</sup> Dessa ordem de ideias decorre a noção clássica da primazia da lei sobre os outros poderes e o dogma de que o poder legislativo seria indelegável.<sup>9</sup>

## 2.2. A sistematização racional de Montesquieu

Locke contribuiu decisivamente para o desenvolvimento científico da doutrina da separação de poderes. Porém, o teórico mais laureado nessa sede é Montesquieu, que, tal qual o primeiro, pode ser considerado um pensador típico do período da modernidade clássica, cujos marcos teóricos são a razão e a primazia do indivíduo. Montesquieu foi um dos principais responsáveis pela evolução, sistematização e estruturação teórica da doutrina da separação de poderes. É a partir da sua teoria que a separação de poderes ganha amplo reconhecimento doutrinário e científico. Foi com a célebre obra *De l'Esprit des Lois*, de 1748, que houve “o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação de poderes, de doutrina inglesa, em critério do Estado constitucional.”<sup>10</sup>

Montesquieu foi o primeiro a empregar uma metodologia racional na construção da teoria da separação de poderes, com amplo grau de objetividade científica, quase inflexível, cuja raiz epistemológica habita as ciências naturais. Do grande relato moderno dos fenômenos sociais e políticos necessários e invariáveis resultou a formação de um dogma até hoje cultuado em sua versão original. Desta forma, Lucas Verdú observa que o mérito de Montesquieu foi desenhar “de modo cartesiano e inclusive newtoniano, o postulado da separação de poderes.”<sup>11</sup>

No desenvolvimento da teoria da separação de poderes, Montesquieu supôs que a sociedade deveria se organizar de modo que o poder constituísse um freio ao próprio poder, como forma de garantir a liberdade individual. O pensador francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia provocar falta de liberdade, criando risco às conquistas recen-

8 JACKISCH, Carlota. *Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes*. Konrad-Adenauer-Stiftung, Ciedla: Buenos Aires, 1994, p. 9.

9 VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de Derecho Político. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado*. Tercera Edición, Técnos: Madrid, 1998, p. 177.

10 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 122.

11 VERDÚ, P. Idem.

tes do Estado de Direito. Logo, a centralização de poder poderia reverter-se em despotismo.

A teoria de Montesquieu engendrou um complexo sistema no qual cada órgão do Estado desempenharia funções distintas e, ao mesmo tempo, interdependentes, com atividades que caracterizariam uma forma de contenção da outra esfera de poder. Com efeito, somente a partir da teoria de Montesquieu é que a fórmula clássica da divisão funcional tripartida do poder do Estado passou a predominar no âmbito do constitucionalismo liberal.

Para Bobbio, deve-se a Montesquieu a “divisão vertical do poder que constitui a célebre teoria da separação dos poderes”. Lembra, ainda, Bobbio, que de todas as teorias do pensador francês, a da separação de poderes é “que teve maior projeção, tanto que as primeiras Constituições escritas, a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791, são consideradas suas aplicações.”<sup>12</sup>

Mesmo não fazendo referência expressa ao princípio nos moldes traçados por Montesquieu, a constituição americana de 1787 pode ser considerada o marco normativo moderno da separação de poderes. Por essa razão, Bonavides adverte que, mesmo sem norma expressa, a constituição americana seria incompreensível se não tivesse implicitamente, na sua essência, a separação de poderes, “que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público.”<sup>13</sup>

Porém, a defesa mais apaixonada à teoria da separação de poderes, cunhada por Montesquieu, encontra-se na constituição francesa de 1791, na parte relativa à declaração dos direitos do homem e do cidadão (preâmbulo), cujo artigo 16 previa que toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possuiria constituição.

A lógica da estruturação teórica desenvolvida por Montesquieu, em alguma medida, assemelha-se ao que se observa na prática atual da divisão orgânico-funcional do Poder na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais. Para Montesquieu, os poderes deveriam atuar de modo que cada um decidisse sobre as matérias afetas às suas competências, exercendo a faculdade de ordenar por si mesmo (*faculté de statuer*), e detendo os excessos uns dos outros por meio da faculdade de impedir a prática de “actos contrários ao Direito ou ao equilíbrio constitucional, parali-

---

12 BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 7ª edição. Tradução Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994, p. 136.

13 BONAVIDES, P. Obra citada, p. 153.

sando a acção deles quando exorbitem ou anulando os seus actos ilegais (*faculté d'empêcher*).”<sup>14</sup>

Além do mais, a separação de poderes deveria assegurar a existência de uma esfera de poder capaz de contrariar outra esfera de poder: a denominada instância moderadora. Sob este prisma, a teoria era muito mais um problema de natureza política, afeto à noção de correlação de forças, do que propriamente uma questão jurídica ligada à organização das funções do Estado. A instância moderadora é que proporcionaria o equilíbrio entre os poderes.

A supremacia do legislativo também se verificava em relação ao judiciário, o que contribuiu para a tardia adesão dos países da Europa ocidental à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade. A rigor, o Poder judiciário seria “de algum modo nulo”, cabendo aos juízes atuar somente como a “boca que pronuncia as palavras da lei.”<sup>15</sup>

### 2.3. A doutrina norte-americana dos *checks and balances*: a complementação da teoria da separação de poderes

Nos Estados Unidos da América, por influência do iluminismo europeu e a partir de “O Federalista”, teve início o desenvolvimento da doutrina da separação de poderes arquitetada por Montesquieu. Nos artigos federalistas, os revolucionários americanos manifestavam temor quanto à possível ação tirânica do legislativo, dada a excessiva concentração de poder naquela esfera.<sup>16</sup>

Partindo das bases teóricas assentadas por Montesquieu, e, na verdade, com o objetivo de fortalecer o Poder executivo, Madison e Hamilton consolidaram um modelo de separação de poderes que visava atenuar a supremacia do legislativo, garantindo maior equilíbrio na relação entre as esferas de poder. Afastou-se, desta forma, o modelo europeu, que conferia ao legislativo papel predominante, mas sem cogitar o Poder Judiciário como uma esfera irrelevante e nula.

É possível estabelecer como notas distintivas entre os modelos teóricos de separação de poderes de Montesquieu e o americano a circunstância de o primeiro constituir, primordialmente, um mecanismo voltado à promoção da liberdade individual, enquanto que o segundo denota, essencialmente, um instrumento de divisão de trabalho e otimização das funções estatais, ainda

14 CAETANO, M. Obra citada, p. 193.

15 Ver *Do Espírito das Leis*. Edição brasileira. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.169 e 172.

16 Ver *O Federalista*. In *Os Pensadores*, São Paulo: Victor Civita Editor, 1979, caps. XLVII e LI.

que neste último caso houvesse, discretamente, a intenção de limitar a ação do legislativo em favor do executivo. Afinal, os teóricos americanos não se preocupavam em limitar o poder concentrado nas mãos de um monarca absolutista, senão com o equilíbrio de forças entre legislativo e executivo.

Portanto, a separação de poderes segundo a perspectiva teórica proposta pelos norte-americanos segue, primordialmente, um critério orgânico-funcional, que é compatível com a concepção contemporânea de Lowestein, segundo a qual o princípio deve ser aplicado como técnica de divisão de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado.<sup>17</sup>

Contudo, da sistemática instituída pela Constituição americana de 1787 nos seus três primeiros artigos e das bases firmadas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte americana, sobretudo após o célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, surgiu a ideia de controle entre os poderes, traduzida pelo sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de acordo com o qual as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, que, por sua vez, colaboram no exercício de cada uma delas mediante controles recíprocos.

O sistema de freios e contrapesos também revela uma técnica de controle que tem os seguintes objetivos: i) evitar a tirania; ii) limitar a autoridade, impedindo arbitrariedades, e; iii) preservar a liberdade individual.<sup>18</sup> O sistema de controle recíproco entre os poderes revelou-se fundamental para a independência do judiciário e para o fortalecimento do executivo, que já possuía o batismo da legitimidade democrática, pelo menos no que diz respeito ao processo de escolha daqueles que governam pelos governados.

A combinação entre a jurisprudência da Suprema Corte, proveniente da *judicial review*, e a doutrina norte-americana da separação de poderes representou o elemento necessário para que o Poder Judiciário tivesse reconhecida a mesma grandeza institucional das outras esferas de poder do Estado. Ademais, a interpenetração de funções anunciada pelos *checks and balances* flexibilizou a noção rígida de separação de poderes do modelo liberal europeu, sem, contudo, descaracterizar a essência e os objetivos do princípio. Depois de estudar as Constituições de vários Estados, Madison afirmou que “(...) não existe nenhum exemplo em que as diferentes funções dos Poderes encontram-se absolutamente distintas e separadas.”<sup>19</sup>

17 LOWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Ediciones Ariel: Barcelona, 1965, p. 55.

18 CAETANO, M. Obra citada, p. 195.

19 MADISON, James. *The Federalist* n. 47, in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 327. Apud CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie**

Para Piçarra, “(...) o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles.”<sup>20</sup> A constatação de Piçarra pode ser confirmada pela proposta da doutrina americana da separação de poderes, que resultou no fortalecimento dos Poderes Executivo e Judiciário, e, por sua vez, no enfraquecimento da supremacia do legislativo, de acordo com o contexto sociopolítico da época.

É bem de ver, portanto, à luz da evolução teórica da separação de poderes, da noção cunhada pela *rule of law*, até a concepção clássica de Montesquieu, que o princípio possui um conceito dinâmico, flexível e mutável conforme as circunstâncias sociais, políticas e econômicas de cada época. Afinal, de acordo com Magiera, “o conceito de separação dos poderes é, pelo menos, equívoco”, sendo firmado conforme as relações reais de poder vivenciadas em determinado contexto histórico.<sup>21</sup>

É possível, portanto, antecipar a conclusão de que a noção contemporânea do princípio da separação de poderes não pode admitir a predominância das marcas vetustas do Estado liberal-burguês dos séculos XVIII e XIX. Nesse sentido, Baptista adverte que a separação dos poderes sofreu “substancial alteração do seu conteúdo (...), tendo deixado de ser um dogma do Estado para adquirir a dimensão de autêntico princípio institucional.”<sup>22</sup> Recomenda-se, pois, na atualidade, uma leitura mais flexível do princípio em detrimento da visão dogmática, de maneira que sejam lançadas luzes sobre a separação de poderes enquanto princípio jurídico constitucional de natureza instrumental. E a doutrina americana dos *checks and balances*, seguramente, contribuiu para a compreensão do princípio em termos funcionais, mitigando a ideia de que este pudesse constituir um fim em si mesmo.

Na verdade, a teoria de Montesquieu, que prioriza a divisão vertical do exercício do poder político, e a teoria americana, que destaca a distribuição de funções entre órgãos do Estado e o controle recíproco entre estes, devem ser compreendidas como esferas não excludentes, mas, sim, complementares, pois, afinal, possuem o mesmo objetivo, que é preservar a esfera de liberdade dos indivíduos a partir da limitação do exercício do poder político.

---

regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 32.

20 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 184.

21 MAGIERA, John. *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979. Apud André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 858.

22 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. In *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Volume VI, Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 10.



### 3. DO CONCEITO CLÁSSICO À NOÇÃO CONTEMPORÂNEA

#### 3.1. A insuficiência da aceção clássica da separação de poderes

O esquema tradicional do princípio da separação de poderes, segundo os padrões dogmáticos consagrados pela doutrina de Montesquieu, considera os poderes do Estado divididos em três: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada Poder do Estado é conferida uma função. À função de legislar, atribuída ao Legislativo, cabe criar direitos e obrigações por meio da edição de normas gerais e abstratas; ao Executivo é conferida a função administrativa, que atualmente desdobra-se na prestação de serviços públicos, no exercício das atividades de polícia e de fomento e na intervenção nos ordenamentos econômico e social; por fim, à função jurisdicional, desempenhada pelo Judiciário, compete interpretar e aplicar os direitos e obrigações criados pela lei aos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

Todavia, o próprio arranjo institucional do Estado moderno permite que os centros de poder estatais desempenhem funções consideradas atípicas, para as quais não há exclusividade, como reforço de sua independência em face dos demais poderes. As situações de exercício não exclusivo de funções estatais mais citadas na experiência brasileira são as seguintes: i) em caso de *impeachment*, por intermédio da Câmara e do Senado Federal, o Legislativo exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, CRFB); ii) o Judiciário desempenha funções administrativas (art. 96, I, CRFB); e, iii) o Executivo legisla por meio de Medida Provisória (art. 62, CRFB).

Além da divisão de funções estatais entre órgãos constitucionalmente instituídos, integra o conteúdo clássico da separação de poderes o denominado sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* –, que é a técnica pela qual os poderes promovem, reciprocamente, o controle dos atos praticados. Os *checks and balances* constituem formas de equilíbrio e interferência entre os poderes como instrumento de garantia da liberdade. Significam o controle do exercício do Poder pelo próprio Poder, cujos limites são definidos pela Constituição. Uma vez excedidos estes limites, o poder que detém a competência para controle pode conter o outro poder transgressor. Em linhas gerais, os objetivos do sistema de freios e contrapesos são os seguintes: i) evitar o despotismo; ii) limitar a autoridade; e, iii) garantir as liberdades individuais.

O conteúdo clássico da separação dos poderes pode ser conceituado, em linhas gerais, como a divisão de funções estatais privativas ou não entre diversos órgãos, que se controlam reciprocamente por intermédio de mecanismos instituídos pelo Direito, para resguardar a esfera de liberdade dos indivíduos e do corpo social contra os abusos potenciais de um poder absoluto. No conceito clássico de separação dos poderes, nota-se a conexão entre as matrizes europeia (divisão de funções entre diversos órgãos) e norte-americana (controle recíproco), sendo ambas as concepções básicas responsáveis pelo caráter científico alcançado pelo princípio ao longo dos anos.

Não se deve perder de vista, no entanto, que o valor subjacente ao conceito clássico de separação dos poderes é a liberdade, uma vez que toda a teoria liberal antiabsolutista emoldurada nos séculos XVIII e XIX perseguiu a linha ideológica relativa à “limitação do exercício do poder – garantia da liberdade”. A teoria clássica da separação de poderes firmou-se em um contexto de valorização à proteção da liberdade individual em face dos abusos do Estado, no qual era evidente a dicotomia Estado-sociedade pela prevalência de uma relação vertical de subordinação entre os dois.

Naquelas circunstâncias históricas, que precederam o florescimento do Estado liberal no século XIX, presumia-se uma igualdade formal em razão da qual o Estado não poderia interferir na esfera individual dos cidadãos que, por sua conta e risco, teriam condições de satisfazer suas necessidades materiais e existenciais. Por obra do constitucionalismo da época, surgiram, no século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondem aos direitos individuais e políticos, pelos quais os indivíduos possuem uma esfera de liberdade intangível, na qual o poder do Estado é juridicamente limitado, devendo abster-se de interferir na liberdade de seus membros.

Aliás, segundo Piçarra, a liberdade como elemento justificador é tão intimamente ligada à separação de poderes que passa a fazer parte do núcleo imutável do princípio. Para o pensador luso, sob o aspecto orgânico-funcional, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável.”<sup>23</sup> Vale dizer que o arranjo tradicional da separação de poderes como dogma do Estado se distancia em grande medida do panorama atual das relações entre as esferas de poder e entre estas e a sociedade.

---

23 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 26.

### 3.2. Necessidade de reavaliação da matriz clássica do princípio da separação de poderes

Atualmente, vivencia-se uma era caracterizada pela quebra de paradigmas no Direito Público. Conceitos como o de interesse público, legalidade, igualdade, legitimidade, controle e, por que não, separação de poderes, postulam nova reflexão diante de uma realidade diferente daquela sobre a qual foram edificadas suas matrizes clássicas. Logo, demonstra-se necessária a releitura do princípio da separação de poderes para compatibilizá-lo à realidade dos novos tempos.

Ressalte-se, a propósito, que a condição de norma principiológica confere à separação de poderes um conteúdo menos denso, aberto, dinâmico, enfim, mais facilmente adaptável às exigências das circunstâncias de cada momento histórico. Com o advento da visão de mundo carreada pela pós-modernidade, “No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites (...).<sup>24</sup> Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada (...). No direito público, a nova onda é a governabilidade”, anuncia Barroso<sup>25</sup>.

De fato, não existem mais razões para compreender a separação de poderes como um instrumento de luta contra o poder absoluto, nos moldes formulados por Montesquieu ainda na primeira metade do século XVIII. Para encontrar o sentido e o alcance da separação de poderes na realidade contemporânea, devem ser afastadas cogitações quanto à adesão a uma forma de “interpretação retrospectiva”, que certamente levará à percepção do princípio como um dogma liberal degradado em sua autoridade, vigor e prestígio.<sup>26</sup>

Isso porque, conforme advertido por Cyrino, especialmente nos Estados cujo sistema de governo é presidencialista, “os pressupostos de fato e os fundamentos jus-políticos para a aplicação da teoria original (da separação dos poderes) não são mais os mesmos.”<sup>27</sup> Além disso, não há mais espaço

24 MARQUES, Cláudia Lima. **A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa.** In Cidadania e Justiça, n.º 6, 1999. A autora defende que a “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.

25 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo),** Post Scriptum. In **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2003, p. 305.

26 Para José Carlos Barbosa Moreira interpretação retrospectiva é “um tipo de interpretação (...) em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. (O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. **Revista Forense**, n.º 304, 1988, p. 152).

27 CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001.** Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 27.

para uma leitura rigorosa do princípio da separação de poderes em uma era em que o Estado assume compromissos sensíveis e complexos, carecendo de maior agilidade e flexibilidade para concretizá-los.

O Estado liberal possuía, a rigor, deveres de abstenção (negativos), que se destinavam a manter incólume a esfera de liberdade formal dos indivíduos, enquanto que o Estado contemporâneo assume, adicionalmente, deveres relacionados a uma postura proativa (positivos), visando à consecução dos interesses públicos, que certamente pressuporá a realização prática de direitos socioeconômicos e de direitos de natureza difusa, neste último caso, cujos interesses transcendem ao próprio Estado nacional.<sup>28</sup>

Não se afirma com isso que a garantia dos direitos de liberdade não gere custos para o Estado, uma vez que sua realização prática exige, de alguma forma, prestações positivas, como o caso, por exemplo, da segurança pública, que precisa de todo um aparato de recursos humanos, tecnológico e operacional para funcionar eficientemente. Porém, no atual formato de Estado, no qual a dignidade da pessoa humana ocupa posição de principal qualificativo axiológico, a implementação de prestações positivas torna-se reconhecidamente mais complexa do que as de natureza absenteísta. Até porque, se os direitos fundamentais consolidados ao longo da história, em todas as suas dimensões, não são excludentes, caberá ao Estado garantir a fruição daqueles direitos já conquistados, a par dos que ainda serão reivindicados pelas gerações futuras.

Do mesmo modo, a noção cerrada e inflexível da separação de poderes, conforme preconizado pela teoria clássica, não se amoldaria aos espaços de interseção entre as funções estatais – *v.g.* o poder regulamentar autônomo do Chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes – e ao surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências reguladoras, como se vê na organização estatal hodierna.

Sem dúvida, a realidade do Estado contemporâneo não se ajusta à visão de separação de poderes que privilegia uma literal divisão de funções estatais e que considera, a despeito de tantas outras circunstâncias, a liberdade como valor exclusivo e sacrossanto, pois nos dias atuais esta “(...)

---

<sup>28</sup> É conhecida a classificação do interesse público em gênero do qual são espécies o interesse público primário e o interesse público secundário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “(...) os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral a quem se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos primários”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 13ª edição, p. 9.

não precisa mais ser combatida contra um monarca absolutista que deixou de existir.”<sup>29</sup> Como leciona Bonavides, “os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento.”<sup>30</sup>

Por outro lado, hoje adquire relevância a preocupação do Estado e da sociedade com o controle e fiscalização do exercício das funções estatais em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, o que mitiga a preocupação com o órgão competente para desempenhá-las. Como observa Souza Neto, na quadra atual está em jogo a contenção do arbítrio e o modo pelo qual as funções públicas são exercidas – que seria o núcleo material do princípio –, “não a garantia de competências exclusivas para cada órgão do estado.”<sup>31</sup>

No caso brasileiro, a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas e a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público podem ser considerados casos emblemáticos de valorização do controle e da fiscalização na atuação dos órgãos estatais, sobretudo para garantia de atendimento aos princípios constitucionais da Administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

A principal finalidade do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais da sociedade. Sendo assim, a par da contenção dos abusos, a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais, é o novo mote da separação de poderes, isto é, a condição essencial para que o Estado possa atingir seus objetivos primordiais, que são promover a justiça, a segurança e o bem-estar da coletividade. A busca pelo sentido e alcance de uma separação de poderes renovada, convertida em técnica jurídico-instrumental, não pode prescindir de todas essas circunstâncias relevantes.

### 3. 3. O conteúdo jurídico da nova separação de poderes

#### 3.3.1. Divisão racional de atribuições e teste de legitimidade

Assentadas as premissas sobre a desejável mudança de compreensão do princípio, importa deixar claro que, do ponto de vista ontológico, o

<sup>29</sup> CYRINO, A. R. Obra citada, p. 37.

<sup>30</sup> BONAVIDES, P. Obra citada, p. 157.

<sup>31</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

conceito de separação de poderes, como aconselha Lowenstein, deve ser tratado como a divisão de funções estatais entre diversos órgãos do Estado, que são considerados de maneira meramente figurativa como poderes. Nesse aspecto, a separação de poderes consiste senão em uma forma de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder político.

A teoria de Lowenstein desmistifica a separação de poderes como dogma, tornando-a pragmática e mais próxima da realidade e do dinamismo do Estado contemporâneo. É possível falar, portanto, em uma divisão de competências materiais – de funções ou de trabalho – entre órgãos, e não em divisão de poderes, já que para a teoria do Estado o Poder é unitário, indivisível e indelegável. Acrescente-se que a divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos com competências próprias. Quando se fala em princípio da separação de poderes, deve-se compreender a referência essencialmente como a divisão de funções do Estado entre diversos órgãos estatais.

Embora reconheça a conexão entre os conceitos, Afonso da Silva faz a distinção entre divisão de funções e separação de poderes ao afirmar, *in verbis*:

“A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções (menos o Judiciário): órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário. Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.”<sup>32</sup>

Ainda sobre a separação de poderes como divisão de funções, Aragão sustenta que,

“Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram

32 AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os Poderes e Governabilidade. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, n.º 1: 25-35, jan/mar 2006, p. 27.

como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.”<sup>33</sup>

Em última análise, é a própria sociedade que se beneficia do exercício das funções estatais por diferentes órgãos, o que deixa clara a noção instrumental do princípio da separação de poderes, que, atualmente, caracteriza um mecanismo de realização das finalidades do Estado no interesse da coletividade. Na essência, em uma de suas vertentes contemporâneas, a separação de poderes consiste em uma lógica de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais com competências próprias, ou seja, uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas. Todavia, a expressão separação de poderes representa terminologia consagrada pelo uso, sendo empregada recorrentemente pela doutrina sem maiores questionamentos.

É de Ackerman a afirmação segundo a qual a nova separação de poderes possui “(...) três ideais de legitimidade (...)”, quais sejam, a manutenção e aperfeiçoamento da democracia, a realização prática do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República) e a “(...) proteção e ampliação dos direitos fundamentais.” Com efeito, no Estado Democrático de Direito contemporâneo esses pressupostos legitimadores justificam a separação *de poderes* enquanto princípio instrumental.

Significa que a fundamentação racional do princípio da separação de poderes deve passar, necessariamente, pelas funções de limitação do exercício do poder político – evitando o arbítrio dos governantes em razão da excessiva concentração de poderes –, pela implementação imparcial e eficiente da Constituição e das leis pelos governos e executores da função jurisdicional, e, especialmente, pela promoção dos direitos fundamentais.<sup>34</sup>

### 3.3.2. A superação da tripartição clássica

As múltiplas e complexas necessidades da sociedade plural do século XXI impõem que o Estado contemporâneo assuma responsabilidades nun-

---

33 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371.

34 ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, no volume 113, número 03, em janeiro de 2000.

ca antes cogitadas.<sup>35</sup> Em grande medida, os encargos relativos aos anseios da sociedade são satisfeitos pelo exercício das atividades estatais, que nem sempre se amoldam com perfeição ao esquema tradicional das funções executiva, legislativa e jurisdicional. A releitura do princípio da separação de poderes não deve levar em consideração o fato de cada um dos órgãos do Estado exercer, exclusivamente, uma única dessas três funções consagradas pela tradição liberal.

Ademais, não é possível conceber que absolutamente todas as funções do Estado contemporâneo se amoldarão ao esquema destas espécies convencionalmente classificadas. A propósito, Piçarra sustenta que a nova configuração do princípio da separação de poderes implica o esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas.<sup>36</sup>

O pluralismo da sociedade reforça a necessidade de construção de fórmulas mais criativas e menos cerradas para a divisão do exercício do poder político. No lugar de um esquema taxativo para a separação de poderes enquanto divisão racional do exercício das funções do Estado, com inspiração na teoria liberal dos séculos XVIII e XIX, surge um sistema mais complexo, maleável e sofisticado.

É de Moreira Neto a tese de que, aos variados modos de expressão do poder político existentes nos dias atuais, corresponderão inúmeras novas funções a serem desempenhadas pelo Estado, razão pela qual seria praticamente inviável categorizá-las numa relação *numerus clausus*.<sup>37</sup> Criticando o modelo madisoniano de separação de poderes, que também conduz a uma divisão tripartite do exercício do poder político entre presidência, câmara e senado, Ackerman alega que o sistema norte-americano tem pelo menos cinco instâncias, quais sejam, a câmara, o senado, a presidência, a supremacia e as agências independentes.<sup>38</sup>

35 Conforme advertido por Sarmiento, “No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação dos poderes. “(...) conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e ausenteista, mas sim poderes públicos que atuem energicamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**/ Cláudio Pereira de Souza Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305.

36 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 264.

37 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil**. RDA, n.º 223/08.

38 ACKERMAN, B. Obra citada, p. 114.



Ackerman sustenta que o modelo madisoniano de separação tripartite do poder entre presidência, câmara e senado “não só gera inúmeras patologias legislativas, mas também interrompe a coerência da administração pública técnica.”<sup>39</sup> O autor assevera, ainda, que se chegará ao ponto em que a limitação formal do número de órgãos estatais resultará numa dinâmica cada vez mais patológica. Diante disso, Ackerman indaga se há ainda “alguma boa razão para supor que um governo moderno razoável deve dividir o poder entre somente três ou quatro instâncias?”<sup>40</sup>

Constata-se que a preocupação com a divisão rígida quanto ao desempenho das funções estatais como elemento integrante do conteúdo do princípio da separação de poderes vem perdendo força na doutrina, havendo, por outro lado, uma grande tendência a se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal seja eficientemente executada e controlada, de modo a evitar potenciais desvios de poder e garantir, na prática, a promoção dos interesses da coletividade, na forma exigida pelas Constituições democráticas.

O afastamento da teoria da divisão cerrada de funções estatais do conteúdo do princípio jurídico da separação de poderes e a diminuição de sua importância para a doutrina já eram preconizados por Lowenstein na década de 1960. Sustentava o autor que a separação de funções, na forma taxativa pretendida pelos mais conservadores, não seria indispensável para o exercício eficiente do poder político.<sup>41</sup>

De fato, é preciso relativizar a ideia clássica de separação de poderes que pretende, a partir de um critério racional estático, quase matemático, enumerar taxativamente as funções e as esferas de poder credenciadas ao desempenho das atividades estatais. Com efeito, a dinâmica da sociedade plural provocará o surgimento de demandas inéditas, que as instâncias de poder tradicionais do esquema tripartite nem sempre serão capazes de atender eficientemente.

Nesta perspectiva, Dabin adverte que a distribuição de funções entre órgãos distintos e independentes não pode caracterizar um dogma ou um fim em si mesmo, mas, sim, um valor de meio, instrumental, de modo que o princípio da separação de poderes carece de uma maior flexibilidade em sua compreensão. A visão rígida da lógica da especializa-

---

39 ACKERMAN, B. *Idem.*

40 ACKERMAN, B. *Ibidem.*

41 LOWESTEIN, K. *Obra citada*, p. 56.

ção tripartida de funções militar contra a faceta funcional do próprio princípio da separação de poderes.<sup>42</sup>

Sendo assim, torna-se imprescindível sustentar uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes, franqueada a arranjos institucionais menos ortodoxos e dotados de maior plasticidade, desde que preservados os valores essenciais do princípio, que, atualmente, transcendem à preocupação de conter o exercício do poder político em nome da liberdade. Hoje, ao se falar na cláusula pétrea da separação de poderes, deve-se evitar uma concepção excessivamente rígida da cláusula, que impossibilite a adaptação institucional dos organismos do Estado às novas exigências das sociedades contemporâneas.

### 3.3.3. Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos

Com a perda de vigor da especialização funcional taxativamente vinculada ao esquema da tripartição, a interpretação contemporânea constitucional da separação de poderes vem reconduzindo a compreensão do princípio, em toda a sua dinâmica, para a vertente relativa ao controle recíproco, que é associada à doutrina norte-americana dos *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos). Enquanto a tipificação originária das funções estatais e a respectiva distribuição entre os órgãos do poder se afastam gradativamente do conteúdo nuclear da cláusula da separação de poderes, por outro lado, em sua versão contemporânea, os controles recíprocos se aproximam deste.

Para Piçarra, no Estado de direito contemporâneo, o centro de gravidade do princípio da separação de poderes é constituído pelas noções de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. O autor afirma que “o sistema de controles jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”, no qual se incluem as tarefas de fiscalização e coordenação.<sup>43</sup>

Logo, a leitura contemporânea do princípio jurídico da separação de poderes destaca o controle, a fiscalização e a colaboração entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, sendo tais atribuições partes integrantes e indissociáveis do núcleo essencial do princípio, que opera como regra jurí-

42 DABIN, Jean. *Doctrine Générale de L'État*, Bruylant e Sirey, Bruxelles e Paris, 1939, p. 284-285. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 378.

43 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 258-259.

dica, determinando condutas objetivas para o Estado ou para quem lhe faça as vezes. Neste passo, como técnica substancialmente jurídica, o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertem em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores das atividades estatais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes representa muito mais do que uma mera técnica de especialização funcional.

As Constituições contemporâneas possuem, em sua maioria, regras jurídicas – retiradas do núcleo essencial do princípio da separação de poderes – determinando condutas objetivas, segundo as quais os órgãos especializados que desempenham as funções estatais devem manter relações harmônicas e equilibradas entre si, em regime de mútua cooperação, reverência e tolerância na tarefa de governar, controlando-se reciprocamente, de modo a possibilitar a formação de uma vontade estatal válida, evitando abusos no exercício do poder político, em favor de toda a coletividade e, em última análise, da liberdade em sua faceta material.

Os detentores do poder estão obrigados pelo núcleo essencial do princípio da separação de poderes a uma cooperação mútua, sendo-lhes defeso impor arbitrariamente suas opiniões em face do outro. A participação e a cooperação entre os órgãos executores das funções do Estado constitui condição de validade e eficácia dos atos estatais. Ao defender a aplicação do modelo denominado “parlamentarismo limitado” à lógica da separação de poderes na Constituição norte-americana, Ackerman esclarece que “o poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes.”<sup>44</sup>

Ackerman desenvolve o raciocínio sobre a leitura atual da separação de poderes a partir da premissa segundo a qual, a par da especialização funcional, o princípio possibilita que o governo seja limitado pelo Poder Judiciário e seus tribunais independentes, chamados de “instância de integridade”, cujo controle destina-se a evitar corrupção e abusos, bem como por uma “instância regulatória”, que obrigaria o Estado a dar satisfações de como dará conta de melhorar os resultados gerados para a sociedade pelas atividades econômicas reguladas.

A teoria desenvolvida por Ackerman é de extrema valia para a definição da concepção contemporânea do princípio da separação de poderes,

44 ACKERMAN, B. Obra citada, p. 113.

porquanto fundada essencialmente na ideia de controle recíproco das funções estatais entre os órgãos especializados, cuja atuação há de se efetuar em regime de ampla cooperação, bem como por instâncias independentes. Somente desta forma será possível conjugar os atos necessários para o atendimento da vontade estatal que, em última análise, significa a consecução eficiente dos interesses da sociedade.

De outro giro, vale dizer que a liberdade também integra o núcleo essencial da separação de poderes, mas como valor a ser preservado e fim último a ser perseguido, o que caracteriza seu conteúdo programático. Neste caso, a liberdade não pode ser entendida como aquela vislumbrada no Estado liberal burguês dos séculos XVIII e XIX em face do absolutismo monárquico. No atual contexto, em que o epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos ocidentais é representado pela cláusula da dignidade da pessoa humana, a liberdade deve ser entendida como o conjunto mínimo de condições materiais essenciais e elementares sem as quais uma pessoa não pode viver com dignidade<sup>45</sup>, noção que pode ser associada ao “mínimo existencial.”<sup>46</sup>

Portanto, a partir da leitura contemporânea do princípio da separação de poderes (previsto expressamente no art. 2º, da Constituição da República), é possível extrair duas regras jurídicas do seu núcleo essencial, as quais, evidentemente, estão fora do jogo da ponderação e são de observância obrigatória pelos poderes do Estado em suas relações.

A primeira consiste na necessidade de contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados – p. ex., pelo Poder Judiciário e seus Tribunais

---

45 Ricardo Lobo Torres ensina que “O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade. O princípio da liberdade fática entra no jogo da ponderação com princípios como os da separação de poderes e reserva orçamentária. Observa Alexy que ‘um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial.’ (...) O mínimo existencial protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. O fundamento do direito ao mínimo existencial, conseqüentemente, está nas condições para o exercício da liberdade (...)”. Ver TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 139-141.

46 Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos adverte que “Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

independentes – e por instâncias independentes, como tribunais de contas, o ministério público, e as agências reguladoras, sem que se possa causar risco à higidez das competências funcionais do órgão controlado, bem como aos anseios da sociedade.<sup>47</sup> A segunda significa a exigência de cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político com vista à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

Por fim, não seria desnecessário recordar a lição de Piçarra, segundo a qual, “(...) o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles.”<sup>48</sup> Nesta perspectiva, não poderia passar despercebido o protagonismo contemporâneo do Poder Judiciário no cenário político nacional e internacional, fenômeno que vem se desenvolvendo desde o final da 2ª Guerra Mundial em diversas democracias mundiais. Exercendo o papel de guardiãs da Constituição, naturalmente as Supremas Cortes têm provocado a submissão das democracias deliberativas ao crivo da jurisdição constitucional. Em outras palavras, cabe à jurisdição constitucional avaliar, segundo parâmetros jurídicos racionais, se as vontades das maiorias eventuais manifestadas nos processos deliberativos observam os cânones constitucionais, impedindo que militem contra a própria democracia. Mais uma vez está em jogo a permanente tensão entre democracia e constitucionalismo.

Do mesmo modo, diante da inércia dos órgãos de representação da soberania popular, muitas vezes pelas dificuldades resultantes dos altos custos políticos de articulação, outras simplesmente por força de estratégia de defesa institucional, e, também, em virtude da incapacidade de o direito positivo acompanhar a velocidade e a dinâmica da realidade da vida, o Poder Judiciário é obrigado a intervir para garantir a efetividade das normas constitucionais, o que reforça a tênue fronteira entre o político e o jurídico na contemporaneidade. Cumpre ressaltar que a interferência do Judiciário, nesses assuntos, deve se dar de maneira subsidiária, autocontida e reverente aos outros poderes.<sup>49</sup>

---

47 Segundo Ackerman, “A separação de poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas.” Ver ACKERMAN, B. Obra citada, p. 6.

48 Ver nota de rodapé 21.

49 Para Barroso, “(...) a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.” Ver BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41.

Recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes que, em princípio, deveriam ter sido objeto de deliberação no âmbito da política majoritária, como, por exemplo, as uniões homoafetivas, a interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, as cotas raciais, pesquisas com células-tronco, nepotismo, demarcação de terras indígenas, definição do rito procedimental para processo de impeachment etc.<sup>50</sup>

Em importante precedente, que confirma a tendência contemporânea de ascensão política do Poder Judiciário e das Supremas Cortes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, na ADI n.º 4.663/RO, reconheceu a inconstitucionalidade do inciso XVII do art. 3º da Lei n.º 2.507/2011 – Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Rondônia –, sustentando a necessidade de “(...) realinhamento da atividade financeira do poder público com o norte da programação de longo prazo, determinando-se que o orçamento anual observe as balizas do planejamento delineado no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias”, conforme exigido pela Constituição.<sup>51</sup>

A decisão afirmou a força vinculante das normas do orçamento anual – LOA, uma vez que a LDO de Rondônia – a norma impugnada – buscou imprimir regime diferenciado de execução obrigatória somente para as regras da LOA que decorressem de emendas parlamentares. Assim, unicamente nesses casos, os recursos deveriam ser obrigatoriamente aplicados pelo Poder Executivo estadual. A partir da premissa da “vinculação mínima das normas orçamentárias”, o Ministro Luiz Fux decidiu que “(...) não caberia ao legislador estadual definir modalidade diversa de execução exclusivamente às normas derivadas de emendas parlamentares, sob pena de ofensa à harmonia entre os poderes políticos.”<sup>52</sup>

Deste julgamento é possível extrair a importante constatação teórica de que a ideia tradicional de atuação discricionária do Chefe do Poder Executivo na execução do orçamento anual deve ser repensada em nome do dever de cumprimento das normas constitucionais sobre finanças públicas, seguindo o norte do planejamento de longo prazo, na forma exigida pelo PPA e pela LDO (art. 165 da Constituição da República). Neste caso, evidencia-se uma legítima interferência do Poder Judiciário em defesa da democracia e da Constituição, em espaço institucional originado por falha dos representantes da política majoritária.

50 Ver BARROSO, L. R. Obra citada, p. 38-39.

51 FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 357-359.

52 FUX, L. Idem.

## 4. CONCLUSÃO

Segundo as lições de Piçarra, a efetivação dos direitos fundamentais exige “cada vez mais a solidariedade activa de todos os órgãos de produção e aplicação do Direito, vinculados que estão aos mesmos objectivos”, nem que, por isso, a crítica neoliberal venha opor o Estado democrático e social ao “Estado com separação de poderes.”<sup>53</sup> Com efeito, hoje deve se falar mais em colaboração ou solidariedade entre poderes do que em absoluta separação de poderes. Ademais, o aspecto colaborativo e solidário do princípio deve ser considerado pressuposto essencial para qualquer Estado constitucional que se proponha Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes possui natureza jurídico-instrumental. Ele não pode constituir um fim em si mesmo, mas traduzir mecanismo voltado à instituição, preservação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, e, sobretudo, à realização da sua principal finalidade, que consiste na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, atualmente, deve-se prestigiar uma leitura mais flexível do princípio, realizada em termos funcionais quanto à distribuição de tarefas entre órgãos independentes, em detrimento da visão dogmática, definitiva e invariável da especialização tripartida de funções.

Afinal, hoje o desígnio fundamental do princípio não é proteger a liberdade individual dos cidadãos contra um monarca absolutista, fracionando o poder contido em suas mãos. Até porque a noção contemporânea de Estado não admite que este se coloque em posição de superioridade sobre a sociedade, criando uma relação de sujeição, mas que com esta dialogue na busca pelo cumprimento dos deveres constitucionais. No Estado Democrático de Direito, não pode ser mais tolerada a prevalência da visão dicotômica Estado-sociedade.

No século XXI, no qual o próprio conceito de Estado passa por uma profunda crise, já não é mais possível compreender a separação de poderes a partir das lentes de uma racionalidade estática tal qual o esquema engendrado por Montesquieu sob inspiração da modernidade clássica dos séculos XVIII e XIX, cuja raiz justificadora era a preservação da liberdade individual em face dos abusos do absolutismo.<sup>54</sup>

Como observa Cassese, a distribuição rígida de funções entre órgãos do aparelho estatal teria sido uma justificativa da modernidade para corri-

<sup>53</sup> PICARRA, N. Obra citada, p. 27.

<sup>54</sup> Sobre o tema da crise do Estado, ver CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

gir, do ponto de vista organizacional, a concentração de poder na sociedade resultante da democracia.<sup>55</sup> Nota-se, portanto, um duplo aspecto na clássica divisão de funções proposta pela ideologia liberal-burguesa, cujo fundamento consistia na imposição de restrições à ação do Estado e aos cidadãos, que até então eram considerados súditos.

Todavia, nos dias atuais, já não seria mais possível sustentar uma divisão de funções em compartimentos estanque entre órgãos estatais, nos moldes da tripartição clássica. Assim sendo, a separação de poderes deve ser compreendida à luz de uma racionalidade branda, uma vez que nem sempre os executores do poder político se encaixarão perfeitamente nos modelos dos “três poderes”, e, também, pelo fato de os órgãos do Estado, cada vez mais, desempenharem funções atípicas.

Porém, às vezes, o próprio direito positivo é influenciado pela tendência de se encaixar de qualquer maneira o exercício de “poderes” por aparelhos independentes no esquema da tripartição clássica, como por exemplo, no caso brasileiro, os tribunais de contas, que se vinculam ao legislativo, as agências reguladoras e o ministério público, ambos integrantes formais da estrutura do executivo, e o conselho nacional de justiça, pertencente ao judiciário.

As dificuldades de se compreender o princípio da separação de poderes como a divisão rígida de funções estatais entre órgãos específicos, sem qualquer correspondência, de maneira quase matemática, conforme preconizado pela teoria clássica, são aumentadas pelos espaços de interseção verificados entre as funções estatais, como, por exemplo, o poder regulamentar autônomo do Chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes, bem como pelo surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências executivas e as agências reguladoras.

Não deve ser esquecido também que, em nome da eficiência e da prestação de serviços públicos de qualidade à população, o Estado contemporâneo delega atividades tipicamente administrativas à iniciativa privada, no âmbito de programas de parceria, além de permitir a participação de entidades do terceiro setor e de organizações da sociedade civil no exercício de funções tradicionalmente executadas por órgãos e entidades estatais.

Embora a divisão de funções para o exercício do poder político integre o conteúdo do princípio da separação de poderes, atualmente importa

55 CASSESE, S. Obra citada, p. 36.



mais investigar a forma pela qual o poder político é exercido do que averiguar quem o exerce. Pode-se dizer, então, que a divisão cerrada de funções se afastou do núcleo essencial do princípio da separação de poderes, infiltrando-se mais ainda na zona de colisão.

A vertente política da correlação de forças entre órgãos distintos e independentes e a natureza instrumental e funcional não representam indicativos de que o princípio da separação de poderes seja vazio de conteúdo jurídico. A categoria de norma principiológica confere ao princípio da separação de poderes conteúdo flexível e dinâmico, permitindo adaptação às exigências das circunstâncias políticas, sociais e jurídicas de cada momento histórico. Porém, como a liberdade integra o núcleo imutável da separação de poderes, pois ainda revela a sua principal justificativa, enquanto ideia reguladora de conteúdo programático não pode ser afastada do conteúdo do princípio. A rigor, como adverte Piçarra, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável.”<sup>56</sup>

Sob a perspectiva teleológica, de fato, a liberdade constitui o núcleo essencial e invariável do princípio da separação de poderes. Contudo, os meios de obtenção da liberdade no Estado Democrático de Direito contemporâneo exigem mais do que a simples não intervenção na esfera privada, garantida pelos direitos individuais. Deste modo, o dever de concretização dos direitos socioeconômicos reivindica prestações positivas, o que determina a atuação proativa do Estado, paralelamente à postura absentéista, de maneira a garantir a liberdade a partir da igualdade material dos cidadãos.

Ademais, o Estado do século XXI também possui compromissos sensíveis e complexos relativos à tutela de direitos de matriz difusa, denominados direitos fundamentais de terceira e quarta dimensão, que transcendem aos próprios interesses nacionais, pois traduzem preocupações da comunidade global e do próprio gênero humano.<sup>57</sup> Sendo assim, para o

56 PIÇARRA, N. Obra citada, p. 26.

57 O valor subjacente aos direitos fundamentais de terceira geração é a fraternidade (ou para alguns autores, a solidariedade), que se agrega aos valores da liberdade e da igualdade dos direitos de primeira (direitos individuais e políticos) e de segunda (direitos socioeconômicos) geração, respectivamente. Os direitos fundamentais de terceira geração não têm por destinatários os indivíduos ou um grupo de determinado Estado nacional, mas o gênero humano. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos fundamentais de quarta geração também transcendem aos interesses dos indivíduos ou de um grupo de um determinado Estado nacional, pois são objeto de uma universalização no campo institucional, isto é, por obra do Direito Internacional positivo. Esta universalização de direitos é resultado da globalização política na esfera da normatividade jurídica, e corresponde à última fase de institucionalização do Estado social. São exemplos de direitos fundamentais de quarta geração o direito à democracia,

cumprimento destes encargos, o Estado necessita atuar com agilidade, certo grau de estabilidade, flexibilidade e eficiência, mesmo porque assume compromissos perante a Comunidade Internacional, o que pressupõe uma ampla colaboração entre os órgãos executores das atividades estatais, superando a ideia convencional da separação de poderes como simples divisão cerrada de funções.

Uma mudança de perspectiva para o princípio da separação de poderes impõe a superação da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, justamente em virtude da inevitável interpenetração das atividades estatais, o que gera uma progressiva diminuição de fronteiras entre elas e a conseqüente relativização dos critérios de caracterização material e de diferenciação.

Igualmente, nos dias atuais não seria possível definir um rol taxativo de funções estatais e de órgãos competentes para executá-las, tendo em vista os diversos modos de expressão do poder político decorrentes das mais variadas demandas de uma sociedade dinâmica. Com efeito, na atualidade, a divisão rígida de funções entre órgãos distintos e especializados não constitui critério essencial para o exercício eficiente do poder político.

Por outro lado, no Estado contemporâneo, a noção de controle do exercício das funções estatais pelo Estado e pela sociedade adquire relevância. Desta forma, a fiscalização do desempenho das atividades do Estado em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, e, em última análise, em benefício da sociedade, se sobrepõe à preocupação com o órgão competente para desempenhá-las.

No Estado constitucional do século XXI, preponderam a contenção do arbítrio e a forma pela qual as funções públicas são exercidas. A teoria contemporânea da separação de poderes tende a superar a ideia de garantia de competências exclusivas para cada órgão do Estado, enfatizando o modo pelo qual a função é exercida e, por via de consequência, os controles.

A especialização funcional *numerus clausus* e a respectiva distribuição de funções entre órgãos estatais específicos e rigidamente definidos se afastam gradativamente do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes. Por outro lado, na concepção contemporânea, o sistema de controles passa a constituir o núcleo essencial do princípio jurídico da separação de poderes, a par da ideia normativo-reguladora da liberdade, cujo conteúdo

---

o direito à informação e o direito ao pluralismo. Ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 569-571.

é programático. É bem de ver que o sistema de controles inclui as tarefas de fiscalização e coordenação.

Ora, se o núcleo essencial de um princípio jurídico opera como regra, pode-se dizer que a leitura contemporânea da separação de poderes impõe como condutas objetivas aos organismos estatais a submissão ao controle e à fiscalização, bem como o dever de colaboração com os outros órgãos executores de atividades estatais. Em outras palavras, na contemporaneidade, o princípio da separação de poderes converte-se substancialmente em instrumento jurídico de cooperação, consenso e moderação (fiscalização e controle) nas relações institucionais entre órgãos executores das atividades estatais.

Além da vertente relativa à contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da contenção recíproca entre órgãos especializados, a prestação de contas à sociedade e o controle e fiscalização realizados por instâncias independentes, como as agências reguladoras, os tribunais de contas e o ministério público, ganham posição de destaque na doutrina contemporânea da separação de poderes, superando o clichê da divisão rígida de funções entre órgãos especializados definidos taxativamente.

A finalidade precípua do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais. Por sua vez, a realização prática dos direitos fundamentais supõe o exercício eficiente das funções estatais. Logo, além da contenção do arbítrio por meio do controle e fiscalização, atualmente o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes estabelece como dever inegociável a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais e o desenvolvimento da democracia, garantindo o ambiente adequado para a execução das políticas públicas necessárias à realização prática dos direitos fundamentais.

Assim sendo, não devem ser toleradas medidas ilegítimas de reação institucional de um poder em face de outro, primeiro porque violam diretamente a cláusula constitucional da separação de poderes, e, segundo, porque, no final das contas, o povo, que é o detentor do poder e destinatário das ações do Estado, será o maior prejudicado.

A dinâmica do princípio da separação de poderes é demonstrada pela predominância cíclica de uma esfera de poder sobre outra. Em sua formulação original, o princípio buscou limitar os poderes concentrados nas mãos do monarca absoluto. Na versão norte-americana, por sua vez, a ideia prevalecente foi a de equilibrar as forças entre legislativo e executivo, sem questionar a relevância do Poder Judiciário. Todavia, no momento atual,

observa-se uma tendência ao protagonismo do Poder Judiciário, que pode ser explicado pela ênfase nos controles e na tarefa inadiável de limitação do arbítrio. É por esta razão que muitos chegam a afirmar que atualmente se vive a era da judicialização da política. Nesse sentido, no caso brasileiro, o Poder Judiciário e seus tribunais independentes representam, por excelência, à moda ackermaniana, a “instância de integridade” que impõe limites às ações arbitrárias do governo e às falhas do legislativo, evitando e reprimindo a corrupção e todo tipo de abuso.

Há, portanto, na contemporaneidade, a necessidade de superar as metanarrativas referentes à compreensão da separação de poderes como um dogma cristalizado pela ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX; afinal, a utilização adequada do princípio, a partir de uma visão instrumentalizada, pautada em uma racionalidade renovada, mais flexível e funcional, militará em favor da preservação da democracia e da realização dos anseios da sociedade contemporânea, traduzidos, sobretudo, na busca pela realização prática dos direitos fundamentais. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, no volume 113, número 03, em janeiro de 2000.

AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os Poderes e Governabilidade. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, n.º 1: 25-35, jan/mar 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. **Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, v. VI - Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. **Revista Forense**, nº 304, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e

Pós-positivismo), *Post Scriptum*. In: **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2003.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 7ª edição. Tradução Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina: 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n 32/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JACKISCH, Carlota. **Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes**. Konrad-Adenauer-Stiftung. Buenos Aires: Ciedla, 1994.

LOWESTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa, 1978.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Cidadania e Justiça**, n.º 6, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 13ª edição.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **RDA**, 223/08.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2<sup>o</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Manual de Derecho Político. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado**. Tercera Edición, Madri: Tecnos, 1998.

# Sigilo Profissional, uma Visão Hodierna dos Problemas Enfrentados e o Apelo das Redes Sociais

*André Luis Nigre*

*Sócio Senior do Escritório DANTAS, FONSECA & NIGRE SOCIEDADE DE ADVOGADOS; Advogado especialista em responsabilidade civil e ética nas áreas odontológica e médica; Especialista em Ética Aplicada e Bioética - FIOCRUZ/RJ; Especialista em Direito Médico - UERJ; Especialista em Direito da Economia e da Empresa e Gerenciamento em Saúde - FGV/RJ; Membro fundador da ALDIS - Associação Lusófona de Direito da Saúde; Membro fundador da Associação de Direito Médico e da Saúde do Rio de Janeiro; Membro da Sociedade Iberoamericana de Direito Médico; Membro da WAML - World Association of Medical Law; e Membro da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde.*

*“Se o que tens a dizer não é mais belo que o silêncio, então cala-te.” (Pitágoras)*

**RESUMO:** O presente artigo reflete sobre o dever de sigilo profissional de médicos e cirurgiões-dentistas no que concerne às informações coletadas e armazenadas no prontuário dos pacientes no decorrer do exercício do *munus* profissional, em sua totalidade e o uso indiscriminado das *redes sociais*. Apesar de ser um dos mais relevantes preceitos ético e moral, o que por si só já obriga ao profissional a respeitá-lo, a confidencialidade das informações prestadas pelo paciente encontra-se, na legislação pátria, albergada pelo Código de Ética Médica; Código de Ética Odontológica; Código Civil; Código de Processo Civil; Código Penal; Código de Processo Penal e pela Constituição Federal. A contrário senso dos axiomas prescritos nos cânones éticos, morais

e legais, a publicidade sem limites e a busca pela exposição nas mídias e nas *redes sociais* faz com que o direito à privacidade do paciente e o dever de sigilo por parte do profissional que detém a informação, sejam vilipendiados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sigilo. Confidencialidade. Privacidade. Redes sociais.

**RESUMEN:** En este artículo se reflexiona sobre el secreto profesional de los médicos y dentistas con respecto a la información recogida y almacenada en los registros médicos de los pacientes en el curso del munus profesionales del año en todos sus elementos y utilizar indiscriminado de las redes sociales. A pesar de ser uno de los preceptos éticos y morales más importantes, que en sí mismo requiere que el profesional que respetarla, la confidencialidad de la información proporcionada por el paciente se encuentra en la legislación brasileña, que se encuentra en el Código de Ética Médica; Código de Ética Dental; Código civil; Código de Procedimiento Civil; Código Penal; Código de Procedimiento Penal y la Constitución Federal. El sentido opuesto de axiomas prescritos en cánones éticos, morales y legales, la publicidad sin límites y la búsqueda de la exposición en los medios y en las redes sociales hace que el derecho a la intimidad del paciente y el deber de confidencialidad por el profesional que lleve a cabo la la información es vilipendiada.

**PALABRAS-CLAVE:** Secreto. Confidencialidad. Privacidad. Redes sociales.

**ABSTRACT:** This article reflects on the duty of professional secrecy to be observed by doctors and dental surgeons regarding the information collected and stored in the patients' medical records during the exercise of their professional activity and the indiscriminate use of social networks. In spite of being one of the most relevant ethical and moral precepts, which in itself already obliges the professional to respect it, the confidentiality of the information provided by the patient is, in the country's legislation, hosted by the Medical Ethics Code; Dental Ethics Code; Civil Code; Code of Civil Procedure; Criminal Code; Code of Criminal Procedure and by the Federal Constitution. Contrary to the axioms prescribed in the ethical, moral and legal canons, unlimited advertising and the search for exposure in the media and social networks vilifies the patient's right to privacy and the duty of confidentiality on the part of the professional who holds the Information.



**KEYWORDS:** Secrecy. Confidentiality. Privacy. Social networks.

**SUMÁRIO:** 1 - Introdução, 2 - Sigilo Profissional, 3 - Confidencialidade X Redes Sociais, 4 - Considerações Finais, 5 - Referências Bibliográficas.

## 1 - INTRODUÇÃO

*“Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso.” (Hipócrates)*

É notório que as ciências relacionadas à área da saúde vêm sofrendo transformações em progressão geométrica ao longo das 3 (três) últimas décadas. Dos longínquos e precários atendimentos feitos ao ar livre por pajés; xamãs e cirurgiões-barbeiros evolui-se para atendimentos em consultórios, clínicas e hospitais modernos com inúmeros equipamentos, exames, protocolos de atendimento, esterilização, fármacos e serviços de hotelaria hospitalar jamais imagináveis em outros tempos.

Devido a esta célere evolução, que teve como consequência direta um paciente mais exigente e participativo, os profissionais que atuam na área da saúde, assim como as instituições, buscaram aprofundar seus conhecimentos para o correto manuseio dos novos equipamentos, assim como para o aprimoramento científico, não se podendo olvidar, ainda, da publicidade junto aos meios de comunicação e das redes e mídias sociais.

Ao se retornar ao meio universitário, depara-se com uma geração voltada para os crescentes apelos midiáticos e uma progressiva necessidade de reconhecimento pessoal e profissional, que diferente de tempos passados que se adquiria tal *status* por meio de muita dedicação e estudo, hodiernamente este reconhecimento, fugaz, diga-se de passagem, vem por meio das redes sociais e dos cliques com *curtidas* e carinhas felizes nos *emoticons*.

Bauman veio a estabelecer uma concepção de que a pós-modernidade é líquida, com relacionamentos fluidos e perda da sensibilidade moral<sup>1</sup>, o que não justifica mas explica certos comportamentos.

<sup>1</sup> Bauman Z, Donskís L. **Cegueira Moral:** a perda da sensibilidade na modernidade líquida. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar; 2014.

Após esses longos anos aprendendo a arte e a ciência médica e odontológica, estes personagens, ao colar grau, terão como procedimento administrativo obrigatório, para poderem exercer legalmente a profissão, inscreverem-se nos respectivos Conselhos. Com a efetivação do referido ato administrativo, estes profissionais estarão sujeitos, além dos princípios morais de seu juramento, às normas legais, éticas e deontológicas estabelecidas em seus *Codex* profissionais.

Assim sendo, em consonância com as prescrições e proscições de ordem moral, ética, deontológica e legal, cabe a esse profissional preservar, sob o mais absoluto sigilo – no presente texto no sentido de *forma pela qual se efetiva a proteção do segredo* –, o que vier a tomar ciência por meio do exercício de seu *munus*.

O segredo – por aqui no sentido de ser a informação que se quer ver protegida da revelação a terceiros – deve ser preservado em sua integralidade, posto que, além de ser um direito do paciente, é, dentro desta dicotomia, um dever/obrigação profissional que está fundamentado em princípios deontológicos, bioéticos e legais.

Hodiernamente, tem-se de forma irrefragável a percepção de que, além das normatizações deontológicas, há na legislação pátria o sigilo profissional como regra/princípio a ser respeitado sob pena de cominações previstas no regramento jurídico pátrio, não se podendo deixar de mencionar, também, a normatização deontológica.

Neste sentido, para cada ato omissivo ou comissivo do profissional, que possa levar à quebra deste dever originário da relação com o paciente, estará ele sujeito às penas previstas em cada regramento jurídico e deontológico que, por sua vez, alberga a mencionada obrigação.

Como quase toda regra comporta exceção, no presente caso também não é diferente. Assim sendo, trazem-se a lume os casos *de justa causa* – causa que encontra apoio direto ou indireto em uma norma jurídica e que se sustenta, também, em uma norma moral e ética –; *dever legal* – como os casos de notificação compulsória de doenças, colaboração com a justiça nos casos previstos em lei, perícia nos seus exatos limites, violência a mulher, menores e idosos –; e *autorização expressa do paciente*.

Diante do esboço suso apresentado, pode-se afirmar que o dever de sigilo profissional é uma obrigação relativa e não absoluta, por acolher as referidas exceções. Em apertada síntese, o que vem a ser socorrido com tal relativização é, certamente, a preocupação com a incolumidade de terceiros e com isso a preocupação com o bem-estar público e social.

Segundo leciona Dantas, “[...] o respeito ao sigilo deve ceder quando colidir com interesse à proteção da vida de terceiros ou quando o paciente assim desejar [...]”<sup>2</sup>

Por oportuno, necessário se faz trazer à colação os ensinamentos de Portes de que “[...] não há medicina sem confiança, não há confiança sem confiança e não há confiança sem segredo.[...]”<sup>3</sup>

## 2 - SIGILO PROFISSIONAL

*“Não te abras com o teu amigo  
Que ele outro amigo tem  
E o amigo do teu amigo  
Possui amigos também.” (Mário Quintana)*

No direito pátrio, o dever de sigilo profissional e confidencialidade, que, por sua natureza, deveria ser questão de bom senso, é previsto pela Constituição Federal, pelo Código Penal, pelo Código de Processo Penal, pelo Código de Processo Civil, pelo Código Civil e pelos Códigos Deontológicos de Medicina, Odontologia, Farmácia, Fisioterapia, Nutrição e Psicologia, entre outros.

Soma-se à normatização acima citada o Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965/2014.

Ultrapassando as nossas fronteiras, deveras importante destacar as declarações da Organização Mundial de Saúde, o *Council for International Organizations of Medical Sciences* e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Diferentemente do que muitos acreditam, para que exista a infração do dever de sigilo, não se faz necessária a sua divulgação a toda sociedade, basta a simples revelação a uma só pessoa. Apesar disso, é lícito ao profissional transmitir informações a seus assistentes, auxiliares, técnicos e pessoas que participem do tratamento do paciente, ficando estas obrigadas a manter em segredo as informações que lhe foram apresentadas em razão de sua atividade dentro do corpo clínico multi e interdisciplinar.

Aqui se faz necessário esclarecer que pode o profissional revelar informações a um colega, se estas revelações tiverem como fim último o in-

2 DANTAS, Eduardo e COLTRI, Marcos. **Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

3 PORTES, Louis., À la recherche d'une éthique médicale. Paris, Masson, 1964. In DURANT, Guy. **Introdução Geral à Bioética, História, Conceitos e Instrumentos**. 1.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2003.

teresse do paciente e que elas tenham por escopo a troca de conhecimentos técnicos, também, em benefício do paciente. É o que se costuma chamar de *conferência médica e odontológica*.

Faz-se necessário saber que, se o segredo engloba várias pessoas, a autorização para sua quebra deve ser dada pela totalidade dos que se encontram sob o manto do sigilo. Mesmo assim, havendo a extinção da relação profissional com o paciente, não é facultado a este profissional ou à equipe clínica revelar o segredo que lhe foi conferido dentro da relação com o paciente. Em caso de morte do paciente, faz-se prudente respeitar o interesse dos herdeiros e familiares, desde que legalmente habilitados e com poderes específicos para a obtenção da referida informação.<sup>4</sup>

Em um mundo cada vez mais globalizado e informatizado, a difusão de programas para armazenamento de dados é uma das soluções para o dimensionamento espacial e arquitetônico no momento da construção de um hospital, clínica ou consultório.

Com tanta tecnologia e poder de armazenamento de informações a serviço da área da saúde, surge o temor em face da guarda dessas informações e o dever de sigilo.

Ao conceder a outras pessoas acesso à nossa história ou ao nosso corpo, necessariamente perdemos, em alguma medida, nossa privacidade, mas, por outro lado, também mantemos, em princípio, algum controle sobre as informações geradas a nosso respeito ao menos em contextos terapêuticos e diagnósticos assim como em pesquisas.<sup>5</sup>

Por ser o campo da assistência à saúde sustentado pela confiança, os pacientes levam seu corpo e sua mente aos médicos, e os médicos tratam os pacientes em todos os momentos vulneráveis de sua vida, desde a cópula e o nascimento, até a doença e a morte.<sup>6</sup>

Um médico é muitas vezes o único confidente de um indivíduo, na defesa contra as forças cegas da doença<sup>7</sup>, razão pela qual deverá esta confiança ser um mantra a ser repetido *ad perpetum*, ou, *data maxima venia* a Kant, o *imperativo categórico* das ciências da saúde.

4 Acrescente-se a redação [...] *respeitando-se a ordem sucessória* [...] em face da sentença na Ação civil pública n.º 26.798-86.2012.4.01.3500. Terceira Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás. Ajuizada pelo MPF tendo como objeto a declaração do direito de acesso, pelos sucessores legítimos, ao prontuário do paciente falecido, bem como a nulidade do Parecer n.º 6 e da Nota Técnica do setor jurídico n.º 2/2012 do CFM. Ao final da redação do presente artigo, em fase recurso de apelação.

5 BEUCHAMP, Tom L e CHILDRRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. 1.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2002.

6 ENGELHARDT, H Tristram. **Fundamentos da Bioética**. 2.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

7 ENGELHARDT, H Tristram. **Fundamentos da Bioética**. 2.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

### 3 – CONFIDENCIALIDADE X REDES SOCIAIS

*“Segredo e delicadeza, quando requeridos por circunstâncias peculiares, deverão ser estritamente observados. O relacionamento familiar e confidencial, ao qual os médicos são admitidos nas suas visitas profissionais, deve ser utilizado com discrição e com o mais escrupuloso cuidado quanto à fidelidade e à honra” (Thomas Percival)*

É cediço para todos aqueles que exercem seu *munus* na área da saúde que a complacência, a virtude, a prudência e a discrição são qualidades que devem ser consideradas norteadoras do caminho a ser seguido, ou seja, devem correr no sangue do profissional, assim como sigilo deve fazer parte de seu DNA.

As informações e as imagens do paciente devem ser, a todo custo, preservadas e protegidas.

Retroagindo um pouco na história, foi na década de 1970 que teve início o desenvolvimento dos primeiros sistemas de informação na área da saúde, razão pela qual surgiu, de forma concomitante, a preocupação com a confidencialidade das informações que seriam armazenadas e como protegê-las.

Questionamentos como: Quem alimentará o sistema com as informações? Qual o seu grau de confiabilidade? Quem poderá e quem não poderá ter acesso às informações? Quem assegurará a exatidão dos dados? Quem irá vigiar e resguardar as informações? Quem irá vigiar o responsável por vigiar – o paradoxo do Grande Irmão –?

Com o surgimento de novas tecnologias para armazenamento de informações, a defesa do sigilo médico parece tomar um terceiro caminho inspirado pela promoção dos direitos da pessoa.<sup>8</sup>

Dessa transformação nasce um desconforto em relação à confidencialidade; desconforto que se pode sentir particularmente nos profissionais da saúde. Como outros em torno dele, o doutor Mark Siegler se questiona. Ele afirma especialmente que a confidencialidade médica – tal como foi tradicionalmente compreendida pelos médicos e por seus doentes – não mais existe.<sup>9</sup>

---

8 DURANT, Guy. *Introdução Geral à Bioética, História, Conceitos e Instrumentos*. 1.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2003.

9 Idem

Já naquele momento da história compreendeu-se que o que era um dever livremente consentido, passou também, a ser acolhido como uma obrigação legal, para posteriormente e conseqüentemente vir a se tornar um direito fundamental – como conhecemos nos dias atuais.

Com o inevitável e avassalador crescimento e utilização da informática e dos sistemas de gerenciamento da área da saúde, e com o surgimento das *redes* – que compartilham informações –, se trouxe para o leito do paciente mais um personagem.

A fim de colaborar para este desenvolvimento, o *Computer Science and Telecommunications Board for the record: protecting electronic health information* veio a definir a expressão confidencialidade como uma condição na qual a informação é compartilhada ou revelada de forma que a instituição tenha o pleno domínio e com o escopo de resguardar a privacidade do paciente.

Seguindo a avalanche dos avanços tecnológicos, que ainda cresce em progressão geométrica, surgiram outras preocupações como a Telemedicina e o Telediagnóstico, principalmente em razão do volume de informações pessoais e biológicas do paciente, assim como, também, o elevado armazenamento de imagens. Porém, tal questão não será enfrentada no presente artigo.

Como a relação entre profissional e paciente deve ser guiada pelo mútuo respeito e confiança recíproca, pois não se pode negar que a confidencialidade encontra relação direta com uma conceituação mais restrita de privacidade, qual seja: a *comunicação privilegiada*, não há como se imaginar que um paciente venha revelar seu histórico clínico, seus percalços, suas morbidades pregressas, o seu histórico patológico familiar e até mesmo, seus relacionamentos mais íntimos, se o acesso a esta informação não estiver resguardado pelo profissional que interagiu com ele durante o exame, assim como todo o corpo clínico e administrativo da instituição, preservando assim a integridade física e psicológica do indivíduo.

Ademais, preservando-se a privacidade, ou seja, a intimidade, do paciente e a confidencialidade das informações prestadas estará se fechando um ciclo no relacionamento profissional/paciente/instituição.

Nesse sentido se faz necessário trazer à colação os ensinamentos de Francesconi e Goldin ao definirem privacidade como *a limitação do acesso às informações de uma dada pessoa, bem como do acesso à própria pessoa e à sua intimidade. É a preservação do anonimato e dos segredos. É o respeito ao direito de o indivíduo manter-se afastado ou permanecer só.*<sup>10</sup>

10 FRANCESCONI, Carlos Fernando, GOLDIN, José Roberto. *Aspectos bioéticos da confidencialidade e privaci-*

Ademais, irrefragável que não haverá um exercício pleno da medicina ou odontologia se o paciente, que é o foco do atendimento, não se apresenta colaborativo em face da insegurança em revelar as informações necessárias durante sua entrevista – anamnese e histórico clínico progressivo –, diante das malsinadas imagens e histórias que se apresentam, dia após dia, nas redes sociais e mídias eletrônicas.

A contrário senso, se o paciente se sente seguro em razão do renome da instituição e por ser virtuoso e discreto o profissional que irá consultá-lo, não haverá nenhum receio no que concerne às consultas e fases do tratamento.

Ao nos socorrermos do campo da filosofia, pode-se dizer que *do ponto de vista filosófico, o respeito à confidencialidade está fundamentado num direito natural de intimidade – o qual, por sua vez, deriva do princípio fundamental de respeito pela pessoa em si mesma, porque esta tem capacidade para escolher o que é melhor para si, sendo esta liberdade de escolha essencial para assegurar a satisfação de suas necessidades. Tudo que interfira com esta meta deve ser considerado como um desrespeito à sua autonomia.*<sup>11</sup>

Ultrapassadas as questões normativas, legais, comportamentais, bio-éticas e deontológicas, deve-se refletir a respeito do real motivo da quebra de paradigmas das condutas pessoais dos profissionais que atuam na área da saúde, principalmente no que diz respeito à quebra de sigilo de forma imoral, ilegal e aética.

Como ponto de partida para explicar tal fenômeno, se faz necessário o socorro de alguns dados estatísticos relevantes, de forma direta e indireta, para o tema abordado no presente artigo.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, mais da metade dos domicílios brasileiros passou a ter acesso à internet no ano de 2014, conforme aponta a Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios (Pnad), publicada no mês de abril do ano de 2016.

Os dados referentes ao ano de 2014 mostram que 36,8 milhões de casas estavam conectadas, o que representa 54,9% do total, enquanto no ano anterior o índice era de 48%. Foi indicado, ainda, pelo Instituto que a quantidade de internautas chegou a 54,4% das pessoas com mais de 10 anos em 2014, ou seja, são 95,4 milhões de brasileiros com acesso à internet.

---

**dade. Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998:264-84.

11 AZAMBUJA, Jussara de. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *In* Bioética n.º 11 de 27-11-2003 12/1/03 9:23 AM Page 58. Ao citar: LochHottos G, Parizeau MH. **Les mots de la bio-éthique**: un vocabulaire encyclopédique. Bruxelles: De Boeck Université; 1993.

Na referida pesquisa, relata o Instituto que a inclusão digital foi promovida pela adoção do telefone celular como aparelho preferencial para navegar.

Segundo Possolli e colaboradores, o crescimento do uso de redes sociais virtuais tem sido exponencial no Brasil. São cerca de oitenta milhões de brasileiros com contas ativas em Social Networking Sites como Facebook, Instagram, Twitter, Tumblr e Flickr.<sup>12</sup>

Associado ao fato estatístico que demonstra o uso de aparelhos portáteis para a utilização da internet e uso de *redes sociais*, a classe relacionada à área da saúde, principalmente a geração nascida após o ano de 1980 vem enfrentando, por ser considerada mais tecnológica no sentido digital, uma corrida desenfreada pela autopromoção, tanto do ponto de vista particular quanto do ponto de vista profissional.

A *geração selfie*, que se conecta em qualquer lugar e a qualquer hora e, diga-se de passagem, sem qualquer hesitação, vem gerando profundas transformações no relacionamento interpessoal e trazendo uma preocupação a mais nas instituições de ensino relacionadas à área da saúde.

As faculdades têm realizado campanhas educativas em conjunto com os Conselhos profissionais visando reprimir esse desejo, quase que incontrolável e viciante, de autopromoção e recebimentos de *curtidas* e bonequinhos de *emoticons*.

Os Conselhos profissionais foram obrigados a redigir regramentos normativos, por meio de resoluções, além do que já prescreviam os *Codexes Éticos*, para tentar, por meio de punições disciplinares por falta de decoro profissional, reprimir tamanha necessidade insensata e porque não dizer, insólita.

Para conferir o alegado acima, basta qualquer pessoa conectar-se às redes sociais e a alguns sites para se deparar com fotos de casos concretos sendo discutidos no Facebook, Instagram, Grupos de Whats App e correlatos. Encontram-se, nestes sítios, as mais diversas imagens de pacientes sendo atendidos, fotos de antes e depois, discussões acaloradas e até mesmo desrespeitosas de profissionais falando sobre um determinado tratamento ou diagnóstico que entendem estar equivocado.

Tudo de forma aberta ao público e sem qualquer filtragem ou respeito ao paciente, a terceiros, ou ao seu colega de profissão.

---

12 POSSOLLI, Gabriela Eyng, NASCIMENTO, Gabriel Lincon do, SILVA, Juliana Ollé Mendes da. A Utilização do Facebook no Contexto Acadêmico: o Perfil de Utilização e as Contribuições Pedagógicas e para Educação em Saúde. **RENOTE**. 2015; volume13, n.º 1.



Devido ao acesso fácil ao conteúdo na internet, terceiros não proprietários de imagens e nem dos direitos autorais, podem fazer republicações sem autorização, o que tem deixado até os magistrados com “muitas dúvidas em relação aos conflitos paradoxais entre a proteção dos direitos personalíssimos e o direito à liberdade de informação e manifestação do pensamento”. Como equacionar? Quais seriam os limites?<sup>13</sup>

Toda esta *publicidade* – aqui no sentido de tornar público – demonstra de forma incontestável a falta de preparo moral e ético desses profissionais, impelindo, assim, a que os usuários dos serviços passem, cada vez mais, a desacreditar na real natureza das profissões da área da saúde, mormente porque estes profissionais deveriam exercer seu *munus* em benefício da saúde do ser humano e da coletividade, zelando e trabalhando pelo bom conceito e prestígio da sua profissão que, pelo que se vê, não reflete a realidade.

Deveras importante consignar, mesmo que *en passant*, o fato da falta de respeito às questões relacionadas a biossegurança e a consequente quebra de protocolo de atendimento; questão esta que de *per si* seria motivo suficiente para afastar a utilização de celular, tablet e outros equipamentos dos consultórios e centros cirúrgicos. Além, é claro, do total desvio de atenção e concentração destes profissionais durante a interrupção do procedimento para posarem para a foto.

Como não poderia deixar de ser, além dos Conselhos de Classe<sup>14</sup>, o Estado Juiz foi chamado a interferir, por meio de demandas judiciais cíveis

---

13 GONÇALVES, Evelise Ribeiro e VERDI, Marta Inez Machado. Os problemas éticos no atendimento a pacientes na clínica odontológica de ensino. *Ciência & Saúde Coletiva*. 2007;12(3):755-64.

14 Apenas como um dos exemplos, cita-se a publicação da Resolução de n.º 2.126/2015 – CFM, de setembro de 2015 – que altera às alíneas c e f do artigo 3.º, o artigo 13 e o anexo II da Resolução CFM n.º 1.974/11 (esta Resolução estabelece os critérios norteadores da propaganda em medicina) –, que veta aos médicos a divulgação de selfies em situações de trabalho e atendimento.

Art. 3º É vedado ao médico: (...)

c) Participar de anúncios de empresas comerciais ou de seus produtos, qualquer que seja sua natureza, dispositivo este que alcança, inclusive, as entidades médicas sindicais ou associativas;

f) Fazer propaganda de método ou técnica não reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina como válido para a prática médica;

Art. 2º O artigo 13 da Resolução CFM n.º 1.974/11 passa vigorar com a seguinte redação:

Art. 13 As mídias sociais dos médicos e dos estabelecimentos assistenciais em Medicina deverão obedecer à lei, às resoluções normativas e ao Manual da Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame).

§1º Para efeitos de aplicação desta Resolução, são consideradas mídias sociais: *sites, blogs, Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, Whats.App* e similares.

§2º É vedada a publicação nas mídias sociais de autorretrato (*selfie*), imagens e/ou áudios que caracterizem sensacionalismo, autopromoção ou concorrência desleal.

§ 3º É vedado ao médico e aos estabelecimentos de assistência médica a publicação de imagens do “antes e depois” de procedimentos, conforme previsto na alínea “g” do artigo 3º da Resolução CFM n.º 1.974/11.

§4º A publicação por pacientes ou terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina.

e criminais por *quebra de sigilo*, em face dos excessos de exposição envolvendo profissionais da área de saúde nas *redes e mídias sociais*.

Apesar de ser adepto de que duas das mais importantes funções institucionais dos Conselhos de Classe são educar e orientar, para que os profissionais inscritos possam exercer o seu *munus* em consonância com as normas éticas e legais que regem a profissão e que nesse encadeamento de ideias o Nó Górdio que deve ser desatado é saber se a punição é mais importante do que a educação e orientação, no caso sob comento, creia-se que a punição deve ser exemplar para inibir a proliferação de tais atos nefastos, sobretudo por entender-se que estas atitudes vilipendiam, sobremaneira, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito da liberdade de expressão – como muitos de forma precipitada e pouco fundamentada alegam – deve ser mitigado quando se encontra no outro lado o direito à integridade psicofísica do paciente.

Valendo-se de ensinamentos clássicos, duas das máximas morais do imperativo categórico de Kant determinam que se faz necessário agir *como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza; e age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio*. A primeira diz respeito à universalidade da conduta ética, tendo como atemporal e onipresente a sua validade; a segunda, representa a essência do imperativo, visto que assevera a dignidade dos seres humanos, em sua totalidade, como pessoas.

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana.<sup>15</sup>

Ainda em consonância com Kant, no mundo social há duas categorias de valores, quais sejam, o preço e a dignidade. E pelo que se pode observar a dignidade do paciente, para esses profissionais, sequer está em segundo plano.

Ultrapassada a digressão suso apresentada, tem-se convicção de que as *redes sociais* e suas derivações até aqui existentes podem e devem ser

---

15 FREITAG, Barbara. A questão da moralidade: razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social*, Revista de Sociologia. USP, 1(2), p. 7-44, 2.º semestre, 1989.

utilizadas para fins de educação da população e como meio de interação social entre profissionais da área da saúde, seus pacientes, e seus potenciais pacientes, visto a magnitude do seu alcance.

Não se deve execrar tal meio de comunicação ou achar que a internet ou as *mídias e redes sociais* são uma caixa de Pandora.

O que se quer, na verdade, é a conscientização profissional, a obediência à normatização jurídica e ética e, mormente, o respeito à dignidade do paciente.

A publicidade, o marketing e a *promoção* pessoal e profissional, também, podem ser feitas desde que em consonância com a legislação vigente.

Nessas situações é sempre prudente o profissional interessado considerar o contexto ético e legal relacionado com a especificidade de cada situação e com as circunstâncias em que esta prática será executada, no sentido de estar proporcionando uma ação realmente útil e necessária aos seus pacientes e ao bem-estar societário, em consonância com o respeito aos direitos humanos universais.<sup>16</sup>

Como tudo que é novo, não se tem até o presente momento a real dimensão dos efeitos adversos e da nocividade por vir desses atos reprováveis e os impactos a médio e a longo prazo na vida pessoal e na reputação desses profissionais que desrespeitaram tal regramento basilar, pois as mídias e redes sociais permitem compartilhamento sem qualquer controle.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube.” (Santo Agostinho)

Assim como um caçador ao se perguntar se a movimentação repentina de um arbusto significa a presença de uma presa ou de um ser humano, a dúvida nesses casos, deve ser sempre retentora do agir. A ignorância, a dúvida e a impossibilidade de se vislumbrar o objeto que fez com que o arbusto se movimentasse deve reter qualquer iniciativa ou impulso de abater a possível presa, mesmo quando se é conhecedor de que aquele local é pouso de várias espécies.

---

16 MARTORELL, Leandro Brambilla, NASCIMENTO, Wanderson Flor do, GARRAFA, Volnei. *Redes sociais, privacidade, confidencialidade e ética: a exposição de imagens de pacientes no facebook*.

O princípio de *na dúvida, abster-se* é o outro lado da obrigação de saber o que se está pronto a fazer. Quando este fazer significa expor dados ou imagens de pacientes – e esta última com, também, pacientes –, esse risco não é permitido.

No que concerne à possibilidade de conferências para se discutirem casos com colegas de profissão ou com a equipe multidisciplinar, existem locais mais adequados e seguros onde o profissional pode buscar apoio para obter informações seguras e com fundamentações científicas.

Algumas instituições já criaram seus guias de procedimento e protocolos internos para discussão de assuntos *on line*. Estas diretrizes e orientações internas podem evitar com que os profissionais se excedam, a que título for, durante seu atuar profissional.

Questão importante e que não passa despercebida é o risco contumaz da submissão da atividade médica, odontológica e na área da saúde em geral, aos imperativos das relações de mercado que podem tornar o profissional apenas uma peça na engrenagem financeira. Nesse sentido, esclarece Panasco<sup>17</sup> que, *a vida humana tem uma intangibilidade desmensurada e não pode ser avaliada em termos propriamente comerciais. Para isto existem outras profissões.*

Com efeito, é de conhecimento de todos que nas instituições que atuam na área de saúde, o paciente, ao ser admitido – ou em consonância com os preceitos de humanização hospitalar ser acolhido –, é devidamente identificado, sendo seu estado mórbido ou sua condição clínica conhecida pelos profissionais que fazem parte do corpo clínico.

Mas também, é notório que existem barreiras – como por exemplo, *engenharia preventiva* – por intermédio de mecanismos de *anonimização* ou *desidentificação*, que minimizam a possibilidade do uso indevido das informações do paciente.

Não se podendo olvidar, ainda, da cooperação técnica estabelecida entre a Câmara Técnica de Informática em Saúde do CFM e a Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS)<sup>18</sup> para estabelecer os requisitos do processo de certificação de sistemas informatizados em saúde, de forma a orientar o desenvolvimento e implementação de sistemas coerentes com a legislação e que tratam as questões de **privacidade, confidencialidade e segurança** da informação.

Segundo Edgar Morin, *a natureza humana tem associada à ordem-desordem que resulta da sua complexidade e que reside no cérebro humano.*

---

17 PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2.<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

18 <http://www.sbis.org.br/>

*O que separa as máquinas artificiais, como os computadores, das máquinas naturais, que são os seres vivos é a existência, nestas últimas, de desordem, de ruído e de erro. Na espécie humana, e ao invés das outras espécies, o erro serve à sua própria genialidade e permite, pela auto-correção, uma permanente reorganização que subjaz à complexidade e faculta o progresso da espécie inteligente.*<sup>19</sup>

Enfim, compete a todos aqueles que atuam no setor relacionado à saúde adequarem-se às mudanças tecno-científicas exigíveis para a realização de seu *munus* profissional, assim como aprimorar o relacionamento humano com seus pacientes, de acordo com os princípios bioéticos, deontológicos e legais, evitando a todo custo a autopromoção imoral, aética e ilegal e a exposição, a que título for, do paciente. ❖

## 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Jussara de. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *In* Bioética n.º 11 de 27-11-2003 12/1/03 9:23 AM Page 58. Ao citar: LochHottos G, Parizeau MH. **Les mots de la bioéthique**: un vocabulaire encyclopédique. Bruxelles: De Boeck Université; 1993.

BAUMAN Z, Donskis L. **Cegueira Moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar; 2014.

BEUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. 1.º Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. Código de Ética Odontológica. Resolução n.º 118, Conselho Federal de Odontologia, 11 de maio de 2012. Dispõe sobre o Código de Ética Odontológica. Diário Oficial da União. 14 junho 2012.

\_\_\_\_\_. Código de Ética Médica. Resolução n.º 1.931, do Conselho Federal de Medicina, de 24 de setembro de 2009. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União. 24 setembro 2009.

\_\_\_\_\_. Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

---

19 MORIN, Edgar. **O paradigma perdido**: a natureza humana. 6.ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2000.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Dispõe sobre princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 1.974, do Conselho Federal de Medicina, de 19 de agosto de 2011. Dispõe sobre o Manual de publicidade médica. **Diário Oficial da União**. 19 agosto 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 2.126/2015, do Conselho Federal de Medicina, de 28 de setembro de 2015. Dispõe sobre a alteração do texto do Anexo I - Critérios para a relação dos médicos com a imprensa (programas de TV e rádio, jornais, revistas), no uso das redes sociais e na participação em eventos (congressos, conferências, fóruns, seminários etc.) da Resolução CFM n.º 1.974/11.

DANTAS, Eduardo e COLTRI, Marcos. **Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

DURANT, Guy. **Introdução Geral à Bioética, História, Conceitos e Instrumentos**. 1.ª Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2003.

ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FRANCESCONI, Carlos Fernando, GOLDIN, José Roberto. Aspectos bioéticos da confidencialidade e privacidade. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998.

FREITAG, Barbara. A questão da moralidade: razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo Social, Revista de Sociologia**. USP, 1(2), p. 7-44, 2.º semestre, 1989.

GONÇALVES, Evelise Ribeiro e VERDI, Marta Inez Machado. Os problemas éticos no atendimento a pacientes na clínica odontológica de ensino. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2007;12(3):755-64.

MARTORELL, Leandro Brambilla, NASCIMENTO, Wanderson Flor do, GARRAFA, Volnei. **Redes sociais, privacidade, confidencialidade e ética: a exposição de imagens de pacientes no facebook**. In [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832016000100013&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832016000100013&lng=en&nrm=iso&tlng=en)

MORIN, Edgar. **O paradigma perdido: a natureza humana**. 6.º ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2000.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2.<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

POSSOLI, Gabriela Eyng, NASCIMENTO, Gabriel Lincon do, SILVA, Juliana Ollé Mendes da. A Utilização do Facebook no Contexto Acadêmico: o Perfil de Utilização e as Contribuições Pedagógicas e para Educação em Saúde. **RENOTE**. v. 13, n. 1, 2015.

PORTES, Louis. À la recherche d'une éthique médicale. Paris, Masson, 1964. In DURANT, Guy. **Introdução Geral à Bioética, História, Conceitos e Instrumentos**. 1.<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Edições Loyola, 2003.