

# ANUÁRIO

DO CURSO DE DIREITO  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FAG

JURISDIÇÃO,  
FRONTEIRAS E MERCADOS

2022

## [ ORGANIZADORES ]

EDUARDO AUGUSTO CAMBI SALOMÃO

EDUARDO HOFFMANN

LUCAS PAULO ORLANDO DE OLIVEIRA



**(Organizadores)**

© Eduardo Augusto Cambi Salomão, Eduardo Hoffmann, Lucas Paulo Orlando de Oliveira

**Coordenação Editorial**

Coordenação Editorial Executiva: Alex Sandro de Araujo Carmo  
Projeto Gráfico e Editoração: Agecin - Agência Experimental FAG

**Conselho editorial**

Profa. Me. Aline Gurgacz Ferreira Meneghel (FAG)  
Prof. Me. Afonso Cavalheiro Neto (FAG)  
Profa. Me. Andréia Tegoni (FAG)  
Profa. Me. Viviana Bianconi (FAG)

**FICHA CATALOGRÁFICA**

340  
J950

Jurisdição, fronteiras e mercados: anuário do curso de direito do Centro Universitário FAG -/ Organizadores: Eduardo Augusto Cambi Salomão, Eduardo Hoffmann, Lucas Paulo Orlando de Oliveira - Cascavel PR: FAG, 2022.

252.p.  
Inclui bibliografia  
ISBN 978-65-89062-18-9

1. Pesquisa jurídica na pós-modernidade. 2. Paternidade socioafetivas - relações parentais. 3. Hermenêutica. 4. Integridade compra e venda ascendente - descendente. 5. Desenvolvimento sustentável. 6. Danos morais. 7. Saúde mental do policial militar. I. Salomão, Eduardo Augusto Cambi. II. Hoffmann, Eduardo. III. Oliveira, Lucas Paulo Orlando de. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Eliane Teresinha Loureiro da Fontoura Padilha – CRB-9 - 1913

**ISBN 978-65-89062-18-9**

Direitos desta edição reservados ao:  
Centro Universitário Assis Gurgacz  
Avenida das Torres, 500

CEP 85806-095 – Cascavel – Paraná  
Tel. (45) 3321-3900 - E-mail: publicacoes@fag.edu.br

É proibida a reprodução parcial ou total desta obra,  
sem autorização prévia do autor ou da IES.

**Depósito Legal na Câmara Brasileira do Livro  
Divulgação Eletrônica - Brasil – 2022**



## **DESAFIOS DA PESQUISA JURÍDICA NA PÓS-MODERNIDADE**

Uma das funções mais importantes das Faculdades de Direito é a produção do conhecimento científico.

A educação, ao mesmo tempo que é um direito fundamental social (art. 6º/CF), é um dever do Estado e da família, compartilhado com a sociedade, notadamente com as instituições de ensino superior. A qualidade da educação é que pode possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205/CF).

O ensino do Direito não está dissociado da pesquisa jurídica. Tanto é que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.343/96) salienta, entre as finalidades da educação superior, o estímulo à criação cultural, e ao desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo (art. 43, incs. I), bem como o incentivo à pesquisa e à investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência (art. 43, inc. III).

As Faculdades de Direito no Brasil não podem se limitar a formar alunos para os exames da Ordem dos Advogados do Brasil ou para os concursos públicos. É dever das instituições de ensino superior produzir conhecimentos necessários para uma reflexão crítica capaz de transformar a realidade social.

Até meados do século XX, a ciência do direito se resumia a um conjunto de teorias sobre a normatividade vigente e suas exigências práticas, dando-se maior realce ao aspecto regulativo do Direito. Estudavam-se apenas as normas, proibições, obrigações e instituições, em uma perspectiva unidisciplinar. Com isso, a ciência jurídica se fundava na auto-suficiência metodológica, ao considerar apenas os elementos internos do ordenamento jurídico.

O problema de não levar a sério na produção científica do Direito os fenômenos sociojurídicos e as consequências da aplicação das normas jurídicas implica no distanciamento entre a teoria e a prática. E o que é mais grave ignora a preocupação com a legitimidade do Direito, que, sob o aspecto puramente normativista, contempla estereótipos e preconceitos próprios de uma razão universal, pretensamente neutra, mas que, na verdade, despreza a diversidade e oprime os grupos mais vulneráveis, cuja

cidadania é precarizada, seja pela falta de educação para os direitos, seja pela sub-representação tanto no Parlamento quanto no Poder Judiciário.

Para romper com uma compreensão enviesada do Direito, presa a uma concepção estrita da sociedade (enquanto sistema dotado de estruturas estabilizadas, ao invés de compreendê-la como uma sociedade hierarquizada, elitista, violenta, patriarcal, homofóbica, etc.), é preciso questionar os limites do Direito editado por um Estado nacional soberano, descontextualizado dos sistemas regionais e global de direitos humanos (constitucionalismo multinível) e o papel do Poder Judiciário como um *locus* privilegiado de solução de conflitos (judicialização da vida) em países periféricos, como o Brasil.

A reprodução de modelos jurídicos tradicionais, sem a produção de um conhecimento humanizante e compassivo, minimiza as rápidas transformações tecnológicas, políticas, econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas e estimula o ensino do direito, a partir da mera tradição, sem filtros críticos e desconectado dos desafios da pós-modernidade.

Conforme Eduardo Bianca Bittar (*Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça* [versão on-line]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 187), o Direito não é um “fim em si mesmo”, mas uma “forma histórica possível” da justiça alcançável a cada estágio social. É isso que permite a cada instante histórico, diferenciar e admitir: o progresso moral e o regresso moral; o progresso técnico e o regresso técnico; o progresso político e o regresso político; e, juntamente com estes, o progresso jurídico e o regresso jurídico.

Portanto, a produção do direito na contemporaneidade deve questionar temas como as formas de dominação, a redução do direito a um instrumento de manutenção do poder, o uso do direito como mecanismo de opressão, o contexto do capitalismo global, a interação entre o direito com a economia, a análise dos movimentos sociais (feminismo, teoria crítica do racismo, o combate a homofobia, o fenômeno da aporofobia...) e a sustentabilidade.

Em sintonia com a busca de novos esquemas cognitivos e a construção de melhores paradigmas teóricos, voltados a atender as necessidades e assegurar os direitos da sociedade pós-pandêmica, o Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG) investe na pesquisa como

meio de inovação e produção de conhecimentos capazes de alterar a realidade social.

Nesse sentido, tem sido importante o estímulo à organização de Grupos de Pesquisa e a produção de textos científicos. Esse esforço agora é materializado neste livro que procura divulgar os trabalhos produzidos para dialogar com a comunidade científica e com a sociedade. Também sinaliza a preocupação da instituição na construção de centros de excelência na produção jurídica e que contribuirão para que o ensino do Direito seja reflexo da aplicação de métodos científicos de pesquisa.

Com isso, aprimora-se a política de valorização dos professores, ganham os alunos da FAG e, ao final, a própria sociedade, que recebe profissionais com mais elevada qualidade técnica e humana para enfrentar os desafios da pós-modernidade.

Cascavel, outono de 2022.

### **Eduardo Cambi**

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR.

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália).

Coordenador de Pesquisa da FAG.

## SUMÁRIO

[ CAPÍTULO 1 ] **p. 1**

**DEVIDO PROCESSO LEGAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, APLICADO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: DO PRINCÍPIO DA VITIMIZAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

**Camila Milazotto RICCI | Jéssica Karoline Alves BENTO**

[ CAPÍTULO 2 ] **p. 20**

**A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES PARENTAIS**

**Gabriela Oenning CHAVES | Aline Aldenora HOFFMANN  
Carla K. Schons de LIMA**

[ CAPÍTULO 3 ] **p. 37**

**HERMENÊUTICA CONSEQUENCIALISTA: PRESENTE NAS NORMAS BRASILEIRAS? UMA ABORDAGEM DEVIDA?**

**Diogo Lopes CAVALCANTE**

[ CAPÍTULO 4 ] **p. 66**

**UM POUCO DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE NAS RELAÇÕES DE COMPRA E VENDA DE BENS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Eduardo HOFFMANN**

[ CAPÍTULO 5 ] **p. 96**

**REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E NOVA ADMINISTRAÇÃO: O GOVERNO ELETRÔNICO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**Fabiane GRANDO**

[ CAPÍTULO 6 ] **p. 124**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO RHC 145.225, DIANTE DA BASE ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Maísa Paulette OSTROWSKI | Guilherme Carneiro de REZENDE**

[ CAPÍTULO 7 ] **p. 144**

**“AMPLIANDO AS FRONTEIRAS DO PENSAMENTO”: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS.**

**Gustavo dos Santos PRADO**

[ CAPÍTULO 8 ] **p. 164**

**A CONTRIBUIÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA A PARTIR DA LEI 12.527/2011 E DA LEI 13.709/2018**

**Lucas Paulo Orlando OLIVEIRA**

[ CAPÍTULO 9 ] **p. 184**

**AS CONSEQUÊNCIAS DA CAPACIDADE EMPRESARIAL SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA**

**Pedro Henrique Sanches AGUERA | Thayara Garcia Bassegio AGUERA**

[ CAPÍTULO 10 ] **p. 205**

**DANOS MORAIS, SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E A SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Ricardo CANAN**

[ CAPÍTULO 11 ] **p. 223**

**SAÚDE MENTAL DO POLICIAL MILITAR: PANORAMA E AÇÕES DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL**

**Valmir SOUZA | Josiane Regina KRUPINISKI**

[ CAPÍTULO 12 ] **p. 238**

**O COMMOW LAW E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**Yegor MOREIRA JÚNIOR**

# [ CAPÍTULO 1 ]

## **DEVIDO PROCESSO LEGAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, APLICADO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: DO PRINCÍPIO DA VITIMIZAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

Camila Milazotto RICCI<sup>1</sup>

Jéssica Karoline Alves BENTO<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, pelo Centro Universitário UNIVEM. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz, em Toledo-PR. Advogada. E-mail: [direitotoledo@fag.edu.br](mailto:direitotoledo@fag.edu.br)

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz, em Toledo-PR. E-mail: [kbento@minha.fag.edu.br](mailto:kbento@minha.fag.edu.br)

# 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo procura debater a deficiência da arquitetura processual criminal vigente no ordenamento jurídico, que não se adequou a prestar uma satisfatória resposta jurisdicional aos crimes cometidos por motivo de gênero, que consequentemente resulta em lesões a direitos e garantias fundamentais de vítimas e acusados.

O estudo identificou que este fenômeno ocorre devido a um problema estrutural do direito penal e processual criminal brasileiro, que ainda possui raízes altamente patriarcais, e, por isso, parece não ser capaz de se estruturar para a resolução de crimes relacionados à violência de gênero.

O trabalho trata das consequências criadas pelo problema estrutural, que é o despreparo para atender crimes relacionados à violência de gênero, em especial os cometidos em âmbito doméstico e de forma clandestina, sofrem de carência probatória.

Por conseguinte, elencam-se fatores, como a falta de provas que não são trazidas para o processo e, ausência de um sistema probatório especial para comportar crimes que, em regra, não dispõem de um arcabouço robusto de provas materiais e testemunhais.

Procura-se discutir que o desfecho do processo com a condenação onde há ausência de provas substanciais, baseada apenas na oitiva da ofendida, pode representar a mitigação de uma garantia constitucional, que protege o direito fundamental da presunção da inocência.

Para a exposição, foi realizada análise dos temas relacionados a gênero e ao direito probatório do processo penal brasileiro, principalmente a Lei n.º 11.340/06, Constituição Federal e Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero.

O estudo do tema apresentado tem especial relevância, em relação à formação acadêmica, quanto à investigação e identificação das anomalias e deficiências implícitas na arquitetura processual penal do ordenamento jurídico brasileiro, e quais fenômenos, consequências e danos estas falhas resultam diretamente e indiretamente na vida dos jurisdicionados.

Por fim, o estudo possui relevância no âmbito social e jurídico, onde a demonstração dos fenômenos gerados por esta deficiência estrutural no direito processual, é embasamento



para o aperfeiçoamento do direito de modo a serem moldadas as situações atuais, com a finalidade de se preparar para lidar com crimes de violência de gênero de maneira eficaz, fazendo com que o processo seja genuinamente uma medida voltada para a justiça.

## **2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

A presunção de inocência surgiu no contexto jurídico mundial através da Declaração dos Direitos do Homem, no ano de 1789, logo após a Revolução Francesa, criando uma ruptura com a presunção de culpabilidade vigente até então, herdada do período da inquisição na idade média.

A Constituição Federal de 1988 implementa no ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais e garantias basilares de todas as pessoas que estejam em território pátrio, em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem. O Direito Constitucional Penal, que foi inaugurado pela Carta Magna, consolidou garantias de absoluta importância e está estritamente vinculado à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, indisponíveis e inafastáveis no curso do processo penal.

Dentre vários princípios e garantias fundamentais firmadas pelo diploma legal, a presunção de inocência se destaca no campo penal, ao inaugurar a igualdade de tratamento no processo penal, a paridade de armas na persecução penal entre as partes processuais, impõe o tratamento do acusado com status de inocência no campo processual e extraprocessual, permite uma defesa justa frente às acusações enfrentadas pelo acusado e, como consequência, entabula a total excepcionalidade na aplicação de medidas cautelares ou prisões cautelares que por sua natureza advém antes da condenação criminal.

A presunção da inocência é central e estrutural do processo penal constitucional, em outras palavras, é precisamente esta garantia que conecta o processo penal com o compromisso do estado constitucional. O *inocente*, como qualidade daquele que sofre a acusação formal penal, é a conotação do status de cidadão na integridade de suas

prerrogativas originárias, e é o que impede o processo penal de se transformar em um rito formal de castigo (IBAÑEZ, 2021).

Os juristas Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró explicam a identidade da garantia da presunção da inocência como vetor constitucional do processo penal:

A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político! O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um 'presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale'. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria" (JR., 2021, p.169).

Vale ressaltar que a garantia constitucional elencada ultrapassa os limites processuais penais, visto que se estende à todas esferas, inclusive extraprocessuais, quando se tratar de instância punitiva. Para tanto, o tratamento recebido pelo acusado fora dos limites processuais, deve, por força da garantia da presunção de inocência ser de um indivíduo inocente.

O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência resta expressamente consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que está voltado à proteção da liberdade frente às arbitrariedades e excessos que o exercício do poder punitivo pode vir a cometer.

A garantia constitucional disposta na Constituição Federal Brasileira impõe que, ninguém deverá ser considerado culpado, até sentença condenatória transitada criminal em julgado, além de estabelecer diversas garantias constitucionais já elencadas, também firma um marco legal quanto ao status de culpa e inocência do acusado, que é o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos trata dessa garantia e princípio constitucional e dispõe suas diretrizes no Art. 8:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete,

se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (BRASIL, 1992).

Além da notória magnitude do princípio constitucional que é norteador do direito processual penal, é também congruente com o Estado Democrático de Direito visto que se consolida com as demais garantias constitucionais, como por exemplo, o *in dubio pro reo*, a ampla defesa, que impõe a paridade de armas entre defesa e acusação, estabelece o ônus da prova da autoria e materialidade ao órgão acusador, o direito ao contraditório, que firma a ordem de oitiva em julgamentos, conforme elenca o artigo 400 do Código de Processo Penal, e, por fim, é o princípio corolário do devido processo legal. Sendo assim, sua importância e consequências não se reduzem tão somente em criar um marco temporal processual para findar o status de inocência.

Juristas de outros países tratam sobre a importância da garantia constitucional da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito:

Do direito processual, e muito particularmente, do catálogo dos direitos processuais fundamentais que toda Constituição reconhece e protege com o mais alto nível possível, passando pelo acesso à proteção aos respectivos Tribunais Constitucionais ou Garantias Constitucionais, deve ser abordado com o máximo rigor ao observância do direito à presunção de inocência, por mais execrável que seja o crime alegadamente cometido (DIZ, 2018, p. 2).  
[Tradução livre]

Visto ser um direito fundamental voltado à proteção da liberdade, frente às arbitrariedades, em hipótese alguma pode ser relativizado, mitigado ou afastado, pois é absolutamente indisponível.

## 2.1. O REFLEXO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO STANDARD PROBATÓRIO

A Presunção de Inocência repercute como norma probatória no processo penal pátrio, visto que, parte-se da premissa que até o trânsito e julgado da condenação criminal, o indivíduo é inocente das acusações que lhe são imputadas.

Por conseguinte, a partir do postulado da inocência estabelecido por imposição constitucional, de status fundamental, incumbe ao órgão acusador angariar provas com

uma alta qualidade de robustez para afastar o estado de inocência, e dar suporte para a constituição jurídica da culpa. A dinâmica probatória no processo penal, a partir do marco estabelecido pelo princípio constitucional da presunção de inocência é bastante clara: não há distribuição de carga probatória entre as partes, o ônus probatório é todo da acusação (JR, 2021, pág. 179).

Desta maneira, deve o acusador demonstrar a culpa, através de um arcabouço probatório contundente, que demonstre certeza na culpa imputada ao acusado, para assim, fundar uma possível condenação. E então, constata-se que a garantia da presunção da inocência orienta, igualmente, o julgador. Como ensina Perfecto Ibañez: "(...) na ausência de uma sólida certeza prática acerca da culpabilidade do acusado, sempre que exista um motivo razoável para duvidar, não haverá mais alternativa que a absolvição" (2021, p. 88).

Portanto o princípio constitucional estabelece que o arcabouço probatório deve ser concreto, composto de provas lícitas produzidas dentro dos limites legais, capazes de incriminar o acusado e afastar o status de inocência, e que impunham a condenação com base na certeza, pois em situação de dúvida o *in dubio pro reo* é imperioso em determinar a absolvição do acusado, conforme alude o doutrinador Aury Lopes Junior (2020):

O *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe (LOPES, 2020, P. 576).

Neste sentido, construir um arcabouço probatório sólido e decisivo que demonstre a certeza da autoria do cometimento do ilícito penal, imputado a determinado acusado, é uma das principais dificuldades enfrentadas pelas vítimas e, por consequência, essa dificuldade ressoa diretamente no acusado, exclusivamente em crimes cometidos sem público, situação recorrente nos crimes de violência doméstica e familiar.

No processo penal, a prova é um instrumento de persuasão, que está voltada ao convencimento do magistrado quanto "à verdade" dos fatos, com base no sistema do livre

convencimento motivado, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a prova deve demonstrar a materialidade do crime, ou seja, demonstrar que realmente existe um delito, e indicar consistentemente a autoria deste crime ao acusado, contra quem se iniciara a persecução penal.

O ônus da prova no sistema processual brasileiro é atribuído para quem alega o fato, a conduta e a autoria. Cabe ao órgão acusador demonstrar a veracidade do que está sendo alegado, e é o que está positivado no artigo 156 do Código de Processo Penal. Enquanto cabe ao órgão acusador provar o que alega, por conseguinte, é de encargo do acusado (que realiza autodefesa) e de sua defesa técnica promover a contraposição, a resistência ao que foi imputado. Trata-se, por isso, de uma dinâmica inegavelmente adversarial.

No Diploma Processual Penal, as modalidades probatórias estão descritas entre os artigos 158 a 250 do CPP e tratam de diversas espécies de prova pericial, prova testemunhal, oitiva do ofendido, interrogatório, prova documental. Não é um rol exaustivo, mas, são estas as modalidades que orientam a produção da prova no processo penal.

A valoração das provas incumbe a(ao) julgador(a) e, para tanto, há uma certa liberdade, tanto é que a regra que a orienta é chamada pela doutrina de “livre convencimento motivado”. Encontra-se o livre convencimento motivado e seus limites positivado nas locuções dos artigos 155, 156 e 157 do Código de Processo Penal, e no artigo 93, inciso IX, primeira parte, da Constituição Federal.

O Pacote Anticrime, Lei n.º 13.964/2019, alteradora do Código de Processo Penal, trouxe novos critérios decisórios, positivados na nova redação do artigo 315 do CPP e, em síntese, impõe ao julgador uma análise profunda do caso concreto, rechaçando a possibilidade de fórmulas genéricas ou vazias de sentido, serem invocadas para justificar decisão jurisdicional.

Feita esta pequena apresentação sobre a arquitetura probatória, passa-se, agora, a discutir instrumentos positivados que estabelecem um diálogo entre crimes que envolvam opressões de gênero e o nosso sistema processual penal, sobretudo, a engrenagem probatória.

### **3 PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO**

O Conselho Nacional de Justiça, em 2021, lançou o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, a partir de um grupo de trabalho realizado no âmbito do Poder Judiciário, com a participação de profissionais de diferentes ramos da Justiça e da Academia. O documento foi erigido como instrumento para o enfrentamento da violência contra mulheres e para que seja alcançada a igualdade de gênero, objetivo de desenvolvimento sustentável, ODS 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU. O protocolo orienta sobre a dinâmica probatória e faz considerações impositivas para os julgadores comprometidos com a igualdade de gênero.

Por primeiro, o Protocolo estabelece conceitos, que deverão ser apreendidos pelos atores processuais, tais como “gênero”, “opressões de gênero” e “estereótipos de gênero”.

Por gênero, o protocolo estabelece que se trata de “características socialmente construídas – muitas vezes negativas e subordinatórias – atribuídas artificialmente aos diferentes sexos, a depender das diversas posições sociais ocupadas por membros de um mesmo grupo” ( p. 21).

O documento, mais adiante, ao tratar de desigualdade de gênero, demanda que seu conceito seja amplificado para que a assimetria do gênero seja também percebida como da mesma ordem das hierarquias de classe e de raça. E, assim, propõe um olhar interseccional sobre essas desigualdades, categorizando-as como desigualdades estruturantes da cultura e organização social.

Porque inexistente uma opressão de gênero única e homogênea, deve-se ter cuidado quando se utiliza a categoria “patriarcado” para refletir sobre opressões. Isso não significa que o termo não tenha utilidade, mas que se deve pensar a estrutura de opressão patriarcal como constituída por inúmeras outras forças. Ou seja, para que se possa buscar uma igualdade real, que abarque todas as mulheres, é melhor pensar em sistemas de opressão interligados, que operam de maneira integrada nas inúmeras expressões de desigualdade. Neste protocolo, quando se fala em patriarcado, é assim que o termo deve ser entendido (p. 24).

Entender essas assimetrias como estruturais significa compreender que o funcionamento entendido como “normal” da sociedade irá reproduzi-las, mantendo, assim, uma opressão, uma carga existencial maior a grupos de pessoas que não detêm poder político e social: mulheres, pobres, negros, indígenas, estrangeiros, etc. Tal entendimento deve também ser projetado para o direito, que é instrumento formal de controle de comportamentos e corpos, que dota o Estado da possibilidade de se valer pela força para o cumprimento de suas decisões. O direito, seus valores, princípios e engrenagens, estão orientados, invariavelmente, para a produção e reprodução dessas opressões e assimetrias. Neste aspecto, o Protocolo chama especial atenção para o princípio da neutralidade do direito, que, seria, na verdade, apenas um verniz em uma estrutura que é essencialmente machista, classista e racista.

A partir dessas premissas, a neutralidade do direito passa a ser compreendida como um mito, porque quem opera o direito atua necessariamente sob a influência do patriarcado e do racismo; ou ainda, passa a ser reconhecida como indiferença e insensibilidade às circunstâncias do caso concreto.

Agir de forma supostamente neutra, nesse caso, acaba por desafiar o comando da imparcialidade. A aplicação de normas que perpetuam estereótipos e preconceitos, assim como a interpretação enviesada de normas supostamente neutras ou que geram impactos diferenciados entre os diversos segmentos da sociedade, acabam por reproduzir discriminação e violência, contrariando o princípio constitucional da igualdade e da não discriminação.

A ideia de que há neutralidade nos julgamentos informados pela universalidade dos sujeitos é suficiente para gerar parcialidade (p. 35, 36).

E, então, o Protocolo conclui que os diferentes atores do processo, delegados de polícia, advogados e advogadas, membros do Ministério Público, juízes e juízas, peritos e peritas, estão orientados, conscientemente ou não, a partir de arquétipos ou modelos de comportamentos que podem ser chamados de estereótipos, e que carregam justamente esses valores constituintes das desigualdades estruturantes. Essa orientação seleciona quem irá ou não ser protegido pelo Direito, quem será perseguido criminalmente com mais

frequência, e conduz às interpretações sobre as provas, funcionando como vetor de decisões judiciais, ao prejuízo do princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, inc. IV, e 5º, XLI, da CF/88).

Nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais em todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc.

O pouco valor que se atribui àquilo que se associa culturalmente ao “feminino” (esfera privada, passividade, trabalho de cuidado ou desvalorizado, emoção em detrimento da razão) em comparação com o “masculino” (esfera pública, atitude, agressividade, trabalho remunerado, racionalidade e neutralidade), é fruto da relação de poder entre os gêneros e tende a perpetuá-las. Isso significa dizer que, no mundo em que vivemos, desigualdades são fruto não do tratamento diferenciado entre indivíduos e grupos, mas, sim, da existência de hierarquias estruturais (BRASIL, 2021).

Neste sentido, o recente protocolo demonstra que na atual conjectura social ainda altamente patriarcal, a violência doméstica é uma concretização da assimetria de poder entre o gênero masculino e feminino, entre o gênero de poder que domina o gênero subalternizado e de total submissão.

Ainda, de maneira mais específica, tratando diretamente do direito penal e dos crimes de violência por motivo de gênero, o protocolo trata da valoração das provas em crimes de violência de gênero, no processo penal. Uma das principais iniciativas trazidas neste documento, é a avaliação de se questionar se provas ainda não elencadas na persecução penal, poderiam ter sido produzidas. Trata ainda, da necessidade de afastar a perspectiva estereotipada da mulher como ser vingativo e, conferir à vítima, um valor probatório aumentado. Estabelece um roteiro, pelo qual o julgador deve passar e analisar cada resposta, para que se possa notar se há uma compreensão estereotipada que está aumentando a valoração de cada prova e, se é possível criar arcabouço probatório mais contundente.



A aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero é um divisor de águas na persecução penal, visto a necessidade evidente e a grande demanda de processos crimes incursos em crimes baseados em gênero, como é o caso daqueles descritos na Lei Maria da Penha, mas, não só eles.

#### **4 OPRESSÕES DE GÊNERO TIPIFICADAS PENALMENTE**

O Direito produz opressões de gênero e, esta é uma conclusão, como debatido acima, do próprio Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do Conselho Nacional de Justiça.

Desse modo, ainda que se possa perceber a existência de violências relacionadas ao gênero, nem sempre é tarefa fácil reconhecê-las a partir do sistema de justiça criminal. Por primeiro, é importante evidenciar que é a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06), em seu artigo 5º, que propõe uma intervenção do Direito em violência baseada no gênero:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Importante uma legislação federal positivar a existência de violências baseada no gênero, mas, ainda é pouco: como se sabe, a Lei Maria da Penha contextualiza a relação entre vítima e agressor ou agressora no âmbito das relações privadas, como se denota da leitura do artigo acima.

Contudo, é urgente que se reconheça que as diversas maneiras da prática de violência do gênero não se reproduzem somente no âmbito privado, justamente pela condição estruturante da nossa cultura e sociedade. Nesse sentido, há que se ampliar a positivação jurídica da violência de gênero, para além do contexto da Lei Maria da Penha, no sentido de se alcançar violências que ocorrem no âmbito público, inclusive,

a violência praticada pelo Estado. Ocorre que, para isso, é preciso assumir, por exemplo, que o Estado pratica violência de gênero ao tipificar como crime o aborto praticado pela gestante, em seus artigos 124 e 126 do Código Penal, e seus tipos penais conseqüenciais. Mas, não só: o Estado pratica violência de gênero ao não estabelecer licença maternidade para chefes de poder executivo, ou ao não estruturar estabelecimentos prisionais, de forma digna, para a acomodação de mulheres grávidas e/ou para o período de amamentação.

Portanto, é possível compreender que o Código Penal (CP) abriga tipos penais que também podem ser entendidos como violências relacionadas a gênero, como, por exemplo, o crime de estupro, descrito no artigo 213 do CP.

Nomear um crime como violência de gênero estabelece uma fissura no sistema de justiça criminal: há que se estabelecer um novo arcabouço principiológico e normativo para a lida com essa criminalidade, para evitar que o direito penal e o direito processual penal promovam uma nova violência contra a mulher, como resultado de uma vitimização secundária.

Da criminologia crítica e criminologia feminista retiram-se os ensinamentos de estudiosas que pouco acreditam no sistema de justiça criminal como aliado no enfrentamento dos crimes relacionados a gênero. Vera Regina Pereira de Andrade, em sua palestra que se transformou em artigo intitulado “Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania”, de 1996, chama a atenção para o fato de que o sistema de justiça criminal, a pretexto de combater criminalidade de gênero, só é capaz de aumentar a violência institucional dirigida às mulheres e aos grupos que são selecionados historicamente pelo poder penal, e, então, se alia à crítica do feminismo negro, que demarca o sistema penal como o grande responsável pelo genocídio da população negra no Brasil, como também denuncia Ana Luiza Pinheiro Flauzina, no artigo “Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro” (2008).

É, contudo, a partir da função simbólica do Direito Penal que ele se estabelece como campo de disputa também para o enfrentamento da violência de gênero: nominar uma conduta de violência contra as mulheres como crime representa valorar

corpos de mulheres como bens jurídicos dignos da tutela penal. Ou, como nas palavras de Rita Laura Segatto, é uma luta por “publicizar e colocar em uso, na boca das pessoas, as palavras da lei” (2017, p. 127, tradução livre). É uma aposta na capacidade eticizante da lei, ou, no mínimo, em sua habilidade de persuasão e dissuasão de comportamentos. (MARTINS, 2021, p.99).

Dito isso, cabe aqui uma conclusão: existe, no ordenamento jurídico pátrio um déficit quanto a nomear as diversas violências sofridas por corpos como violência baseada no gênero. Não se faz isso ao tipificar o feminicídio, o crime de *stalking*, violência psicológica, crimes sexuais, tampouco quando se discute condutas ofensivas a pessoas da comunidade LGBTQIA+. Esse não-lugar que a violência de gênero ocupa, sobretudo no âmbito das relações públicas e das relações que o Estado estabelece com mulheres e pessoas LGBTQIA+, é prejudicial para as decisões que são tomadas no curso da trajetória processual, sobretudo no que diz respeito a escolha das provas a serem produzidas e como essas provas devem ser avaliadas para a tomada da decisão judicial.

Portanto, ainda que o objetivo deste texto seja a discussão de um devido processo legal com perspectiva de gênero na área do direito penal, seria importante que, para aplicá-lo, o ator processual, ou da persecução criminal, estivesse familiarizado com os conceitos trazidos pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e com as discussões da criminologia feminista, uma vez que a legislação pátria não concretiza, no âmbito normativo, as condutas que se caracterizariam como violência baseada no gênero.

## **5 DEVIDO PROCESSO LEGAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: DO PRINCÍPIO DA VITIMIZAÇÃO A UMA NOVA ARQUITETURA PROBATÓRIA**

O Princípio da Presunção de Inocência, garantia que evita que o processo penal se transforme em arbítrio, autoritarismo, em castigo antecipado, tem sido colocado à prova nos julgamentos em que estão sendo discutidos violências baseadas no gênero, sobretudo quando se trata de crimes praticados com clandestinidade, como crimes contra a liberdade sexual.

Parece existir uma vertente jurisprudencial que, a pretexto de expurgar o estereótipo da mulher que mente sobre ter sofrido uma agressão sexual ou violência doméstica e familiar com o intuito de se vingar de um homem, tem dotado a palavra da vítima de valor extremo, e, a partir desta única fonte de prova, estabelece uma sentença condenatória:

Nos delitos praticados em situação de **violência doméstica e familiar**, que requerem especial atenção, **confere-se à palavra da vítima maior relevância, e está se mostra apta a embasar o decreto condenatório** quando firme e coerente, em todas as oportunidades em que manifestada, sobretudo quando corroborada pela prova testemunhal e pericial.” Acórdão 1246095, 00017860520178070005, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, (Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 30/4/2020, publicado no PJe: 14/5/2020) [grifo meu]

Tal entendimento está alinhado com o chamado “Princípio da Vitimização”, que determina que se tenha por veraz a atribuição da vítima a alguém como responsável por um crime (IBANEZ, 2019). Este princípio tem sido convocado nos crimes contra mulher com clandestinidade, em especial, crimes que envolvam violência doméstica e familiar e crimes contra a dignidade sexual.

É certo que está na agenda feminista para o Direito, o reconhecimento da veracidade do depoimento da palavra da mulher vítima: isso para dar início à persecução penal, e para a obtenção das medidas protetivas de urgência, que estão previstas na Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06), posto que a palavra da vítima mulher é sempre questionada, desde o momento da sua chegada a uma Delegacia de Polícia, como resistência do próprio sistema de justiça criminal, machista que é, em tratar as mulheres como sujeitas de direitos, dignas da proteção do direito penal.

O Princípio da Presunção de Inocência, entretanto, deve continuar sendo vetor absoluto na orientação da análise probatória no sistema de justiça criminal, especialmente por sua seletividade e violência institucional. Uma decisão de condenação, portanto, não deve ser orientada apenas por uma modalidade probatória. O estabelecimento de uma condenação criminal apenas com base na palavra da vítima, parece mais um recurso cruel e perverso do próprio sistema de justiça criminal, como que privatizando, pessoalizando, na figura da mulher, a responsabilidade pela condenação de um homem. Isso porque o direito penal se comunica a partir de discursos

de poder, que criam oposições fundamentais (forte e fraco, vencedor e vencido, preso e solto, vivo e morto) e o entendimento da palavra da mulher-vítima como única prova para a condenação do homem-agressor é mais um discurso de oposição entre os gêneros.

A pergunta aqui é: como o processo penal pode se estruturar para que a violência baseada no gênero, mesmo em casos de crimes clandestinos, possa emergir em modelos probatórios, sem que se sacrifique o princípio da presunção da inocência?

Empresta-se aqui o raciocínio de Maria Luisa Peñaranda, que escreveu o artigo intitulado “El debido proceso con enfoque de genero em Colombia”, na obra *Constitucionalismo Feminista*, 2ª edição, 2020. A autora estabelece, alinhada com a lógica do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, que o Direito deve tomar o gênero como ferramenta de interpretação das relações de poder gestadas a partir do gênero ou sexo, como objetivo de mitigar, neutralizar ou compensar as desigualdades e opressões decorrentes dessas relações.

Peñaranda destaca que o formalismo jurídico exacerbado objeta que se penetre no âmbito das relações íntimas ou privadas, espaço em que se comete violência contra mulheres, idosos e crianças. O Direito confere valor menor a depoimentos de pessoas da família, ou pessoas com relações íntimas com as partes, isso quando essas pessoas chegam a ser arroladas como informantes, uma vez que, na maioria das vezes, são dispensadas ou nem mesmo arroladas para depoimento, justamente por terem relações estreitas com vítima e agressor. Essa circunstância, no caso de crimes que tratam de violência doméstica e familiar, precisa ser revista, posto que, além da vítima, é justamente no depoimento dessas pessoas que se pode reconstruir/contraditar a dinâmica dos fatos que estão sendo julgados.

A autora também fala de um fenômeno tácito, arraigado na sociedade, que chamou de “pactos secretos” que impele certas pessoas a simpatizar com o agressor e não com a vítima, exatamente porque essa postura lhe parece menos perturbadora. Segundo ela, tal circunstância impede que exista uma imparcialidade, ou neutralidade na dicção jurisdicional, e, aqui, novamente, ela destaca questões que o Protocolo do Conselho Nacional de Justiça também debate. Em

suas palavras, existem estruturas de pensamento que fazem com que as pessoas se identifiquem ou queiram se identificar com o que é lido, a partir de uma matriz cultural de inteligibilidades, como “o forte”:

(...) em especial cuando ello supone confrontar instituciones como la escuela, el ejercito, la religion. Es decir, cuando se pone em cuestión los referentes fuertes de la identidad: las creencias, la autoridad, la familia o las bases de la sociedad em las que cada uno se suporta. (POSIÇÃO 4725)

Por fim, ela questiona por que não são utilizadas com mais frequência, modelos de prova (periciais) que possam traçar perfis psiquiátricos do agressor e vítima, para que possam avaliar risco para a vítima, sistematicidade da conduta, por exemplo.

Acredita-se, assim, e, para encerrar essa breve discussão, ciente de que não foi possível explorar exaustivamente todas as questões que suscita, que a mitigação do princípio da presunção da inocência, ao se assumir a palavra da vítima como única prova para condenação, como estratégia de enfrentamento e punição para crimes baseados na violência de gênero, apenas serve para enfraquecer o Estado de Direito. É um recurso que identifica mulheres como vítimas e homens como agressores, sem possibilidade de superação dessas identidades, e, por isso, como contra-ataque, promove discursos misóginos, como se o advento da tutela penal da criminalidade contra mulheres fosse um recurso vitimista e exagerado. De quebra, esta estratégia fortalece a lógica punitiva e alimenta um sistema que é essencialmente machista e racista.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É evidente que no âmbito jurídico brasileiro ainda há ausência normativa de leis, que abordem sobre equidade e proteção contra a discriminação e a violência de gênero. No campo da prática, esta lacuna legal gera desproteção, e pressupõe que este objeto jurídico desprotegido não é valioso para o direito enquanto estiver fora dos limites domiciliares, pois não há proteção direcionada a crimes por motivo de gênero no âmbito do espaço público.

Ainda, de maneira implícita, a inércia legal pressupõe a permissão da violência baseadas em gênero, pois conforme o princípio da legalidade, disposto no Artigo 5º inciso II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, salvo quando a lei assim designar.

Portanto, a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro para a proteção, não discriminação social e institucional estatal baseada em gênero, extinção dos estereótipos de gênero na seara jurídica e, principalmente, afastar toda estrutura patriarcal ainda incrustada na estrutura jurídica pátria é urgente.

O não preparo do próprio sistema penal e processual para atender estas demandas causa a revitimização das vítimas de crimes baseados em gênero e fere garantias basilares do direito.

Mesmo em passo lentos, estamos caminhando em direção correta, visto a recente implantação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de gênero, que juntamente com a Lei Maria da Penha, colocados em prática na justiça brasileira, são passos na direção de um enfrentamento mais adequado da criminalidade e violência relacionada ao gênero.

Quando o assunto é a liberdade, toda garantia e proteção deve ser preservada e muito bem resguardada de arbitrariedades e excessos. Quando se permite, que a liberdade seja colocada em jogo, em face de um senhor tão poderoso que é o Estado, o mesmo arsenal punitivo direcionada para o acusado, diretamente se posiciona contra todos jurisdicionados, ou seja, contra o direito de liberdade de todos. Bem por isso, é importante que não se admita que a agenda da proteção dos direitos das mulheres seja cooptada para justificar o expansionismo penal e, assim, favorecer uma política punitivista que resulta em um sistema racista e patriarcal.

Conclui-se que em hipótese algumas garantias constitucionais, como o devido processo legal e a presunção de inocência podem ser mitigados. Ainda, que a palavra da vítima, em crimes clandestinos, como a de violência doméstica e familiar, deva possuir maior valoração no arcabouço probatório, é imperioso que se discuta sobre a formação de uma arquitetura probatória própria para crimes relacionados ao poder do gênero. Mas, conforme já mencionado, esta colisão dos direitos humanos das vítimas e da garantia constitucional

conferida ao acusado é ilusória, inexistente e, a única anomalia nesta situação, é a negligência e despreparo do sistema processual brasileiro e de seus agentes ao lidar com crimes de violência baseada em gênero.

Há que se trabalhar para gestar (a escolha do termo é gestar é proposital!) um devido processo legal orientado para a identificação de violência baseada no gênero e, a partir dessa identificação, estruturar uma arquitetura probatória adequada e que não deposite todo o ônus probante na palavra da vítima-mulher. Há que se estruturar um devido processo legal com enfoque de gênero que mantenha íntegra a presunção da inocência como garantia constitucional absoluta, mas, para isso, parece crucial a apreensão pelos atores de todo o sistema de justiça criminal do que são e como se operam as opressões de gênero, raça e classe e sua natureza estruturante da cultura, da sociedade e, claro, do próprio sistema de justiça criminal.

Estamos na posição das pesquisadoras, esperançosas, que tentam isolar o veneno para poder usar o remédio.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina. **Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania**. Universidade Federal de Santa Catarina. Revista Sequencia. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645/14173>. Acesso em 22 de abril de 2022.

BIROLI, Flávia. **Gênero E Desigualdades: Os Limites Da Democracia No Brasil**. ed. - São Paulo. Editora Boitempo, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em Out 2021.

BRASIL. **Lei nº11.340/2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) > Acesso em Outubro. 2021.

BRASIL, Governo Federal. **Lei Maria da Penha: Confira o que mudou nos últimos três anos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/lei-maria-da-penha-confira-o-que-mudou-nos-ultimos-tres-anos> > Acesso em Out. 2021.

BRASIL, Governo Federal. **Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/ptbr/ondh/paineldedadosdaondh/copy\\_of\\_dados-atuais-2021](https://www.gov.br/mdh/ptbr/ondh/paineldedadosdaondh/copy_of_dados-atuais-2021) > Acesso em Out. 2021.

BRASIL. **Tribunal do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/existe-especial-relevancia-na-valoracao-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contr-o-patrimonio#:~:text=Resposta%3A%20sim,inequ%C3%ADvoco%20do%20r%C3%A9u%20pelas%20v%C3%ADtimas.%E2%80%9D> > Acesso em Out. 2021



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf> > Acesso em Out. 2021

BRASIL. Senado Federal. **Painel de Violência contra Mulheres.** Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2FPainel%20OMV%20%20Viol%C3%Aancia%20contra%20Mulheres.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true> > Acesso em Out. 2021

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GUEDES, M<sup>a</sup> Eunice Figueiredo. **Gênero, o que é isso? Psicologia: Ciência e Profissão 1995.** Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98931995000100002> > Acesso em Out. 2021.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Principio De Presunción De Inocencia Y Principio De Victimización: Una Convivencia Imposible.** Revista do Ministério Público 160, 2019.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Princípio da presunção de inocência e princípio da vitimização: uma convivência impossível.** Tradução de Janaina Matida e Aury Lopes Jr. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 29, volume 85, 2021. Páginas 85 a 100.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **A valoração a Prova e a Sentença Penal.** 1<sup>o</sup> edição. Rio de Janeiro. Editora Lumens Juris , 2006.

LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal.** 17<sup>o</sup> edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020

LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal.** 18<sup>o</sup> edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2021

SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girradi (Coord). **Constitucionalismo Feminista. Expressão das Políticas Públicas voltadas à Igualdade de Gênero.** II Volume. 2<sup>a</sup> edição. Selo Feminismo Literário, 2021 (e-book)

MARTINS, Fernanda. **Feminismos criminológicos.** São Paulo: Tirant lo blant, 2021

MARTIN DIZ, Fernando. **Presunción De Inocencia En Procesos Penales Por Violencia De Género.** Ius et Praxis, Talca , v. 24, n. 3, p. 19-66, dic. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122018000300019&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300019&lng=es&nrm=iso) >. Acesso em Out. 2021

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista.** Edição 1. São Paulo. Editora Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista.** Edição 2. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

PENTEADO Filho, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia.** 10. edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020.

PIMENTEL, Sílvia. **Gênero e Direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito> > Acesso em Out. 2021

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres.** Madrid: traficantes de sueños, 2017.

# [ CAPÍTULO 2 ]

## **A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES PARENTAIS**

Gabriela Oenning CHAVES<sup>3</sup>

Aline Aldenora HOFFMANN<sup>4</sup>

Carla K. Schons de LIMA<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz.  
gochaves@minha.fag.edu.br;

<sup>4</sup> Docente orientadora do curso de Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz,  
alinehoffmann@fag.edu.br;

<sup>5</sup> Docente co-orientadora do curso de Direito do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz,  
carlaschons@fag.edu.br.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho se originou das discussões e leituras promovidas pelo grupo de pesquisa “Família e Parentesco na Constituição dos Sujeitos” que, sob o olhar do Paternalismo Libertário e do princípio da intervenção mínima do Estado como variáveis, busca analisar os limites de intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais.

Após a delimitação do problema, que tem como tema a intervenção do Estado na regulação das relações parentais, notadamente da paternidade socioafetiva, foram analisados diversos posicionamentos doutrinários, bem como da jurisprudência a fim de verificar a importância de uma gerência maior do Estado nas relações entre pais e filhos, a fim de assegurar o melhor interesse da criança.

## **2 DAS RELAÇÕES FAMILIARES: CONJUGAL E PARENTAL**

A necessidade do ser humano em viver em grupo antecede a noção de família, pelo menos das formas como a conhecemos e concebemos.

Em que pese não se trate do modelo de organização familiar hegemônica, a família nuclear, formada por marido e mulher, unidos pelo casamento, e filhos que coabitam, está tão arraigada em nossa cultura que qualquer maneira distinta ainda sofre discriminações e o Cristianismo exerceu papel importante no reforço deste modelo.

Com caráter inovador no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 possibilitou e acolheu outros formatos de família, conferindo maior autonomia aos seus integrantes, voltando-se então para a satisfação individual dos seus membros.

Neste cenário de extrema intervenção estatal do Direito de Família, emerge o paternalismo libertário, como corrente doutrinária voltada à defesa da liberdade e da privacidade do indivíduo, ao passo que também se ocupa da proteção do hipossuficiente, garantindo-lhe um ambiente digno e saudável.

Das transformações sociais surgem novas formas de organização familiares, nem melhores, nem piores, mas

diferentes das convencionais e, cada vez mais, se reivindica o reconhecimento desses novos formatos.

Isso se deve, também, pelo papel essencial desempenhado pela família na formação e desenvolvimento do indivíduo, pois é o primeiro espaço de cuidado, afeto e transmissão da cultura de um grupo. É no seio familiar que se compartilham as maiores alegrias, mas também as mais intensas dores do indivíduo. Seria demasiado romântico conceber a família apenas como responsável pela propagação do amor e compreensão, pois é nela que se formam também os primeiros julgamentos e cicatrizes.

Assim, em que pese ainda muito valorizado, o laço do matrimônio cede cada vez mais lugar a outros arranjos. Nos dias de hoje, o princípio da liberdade individual, se materializa numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada, onde cada indivíduo poderá exercer perante vossa independência em escolher o próprio projeto de vida (MULTEDO, 2017, p.3).

A autonomia privada se refere ao direito à expressão e concretização da dignidade da pessoa humana. O seu exercício não é como uma concessão ou atribuição do Estado, visto que se trata de um direito reconhecido mediante a Constituição Federal, a capacidade do sujeito em autorregular-se desde que respeitados os limites estabelecidos (MULTEDO, 2017, p.23).

Por tudo isso, qualquer tentativa de estabelecer uma definição de família e da sua forma de organização implicará, inevitavelmente, uma limitação, que é desnecessária neste momento. É pertinente, todavia, que se faça uma distinção dos dois tipos de vínculos que se estabelecem nas relações familiares: os conjugais e os parentais. As relações conjugais vinculam pessoas com propósito de vida mútua em comum enquanto as relações parentais dizem respeito à forma como a ligação entre pais e filhos é constituída.

Tal distinção é importante porque, para a corrente do Paternalismo Libertário a intervenção do Estado no direito das famílias deve se dar em graus diferentes, de forma mínima nas relações conjugais e com maior intensidade das relações parentais, diante da necessidade de proteção ao hipossuficiente.

## 2.1 DA TEORIA DO ESTADO MÍNIMO E DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Na trajetória do direito de família brasileiro, fica evidenciado um movimento pendular diante da legislação e das relações interprivadas, ora reconhecendo espaços de menor regulamentação, ora normatizando escolhas íntimas, sem critérios e limites definidos (MULTEDO, 2017, p.57).

Por conseguinte, mesmo que diante da autonomia dos indivíduos, é inevitável que se abra questionamentos referente à intervenção do Estado, na maneira em que o mesmo garantirá o direito da dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos e, principalmente, aos hipossuficientes.

No que se refere à intervenção do Estado, é defendida a intervenção mínima por parte deste nas relações privadas, ou seja, é idealizado a não regulamentação estatal, considerando o exercício da liberdade de escolha do ser humano. Distante do que fora anteriormente imposto socialmente, onde um lar só seria digno se constituído mediante casamento entre o homem e a mulher, filhos somente os provenientes deste e o que fora diferente era tratado como indigno.

O indivíduo possui cada vez mais autonomia para construir sua vida privada da maneira que bem entende. É idealizado que a composição do Direito positivo pelo Estado fosse substituída pela institucionalização de procedimentos que instruem os cidadãos a regularem seus interesses, pautados em espontaneidade para adotarem o que de fato escolhem. Caberia tão somente ao Estado a proteção e promoção daqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Desse modo, ultrapassando o suprimento das garantias constitucionais em relação às necessidades do indivíduo, é indispensável a tutela estatal no que se refere às circunstâncias objetivas em que um indivíduo pode se colocar de maneira prejudicial. A necessidade de estabelecer um padrão, visando a manutenção do bem-estar das pessoas, fez com que surgisse então o Paternalismo, uma maneira de exercer autoridade aos indivíduos, interferindo na liberdade de escolha destes, mesmo que de maneira “superficial”, com o intuito de alcançar uma qualidade de vida.

No recorte teórico proposto sobre a intervenção estatal no exercício da autoridade parental:

Com base na vulnerabilidade específica da criança e do adolescente, a título de exemplo de intervenção estatal nas relações familiares, basta lembrar as diversas disposições contidas no ordenamento, como a impossibilidade de doação de órgãos de crianças e de adolescentes (art. 9, da Lei 9.434/97), a proibição do ato sexual (art. 227 do Código Penal), a educação obrigatória (art. 87 da Lei de Diretrizes e bases da Educação), a proibição de tatuagens em menores de 18 anos, mesmo com autorização dos pais (Lei estadual do Rio de Janeiro de n 2907, de 25 de março de 1998), sobre a proibição de estabelecimentos comerciais fazerem tatuagens e piercings em menores de idade, dentre outras. Nesses casos, a heteronomia estatal impõe limites à autoridade familiar e ao exercício da autoridade parental (MULTEDO, 2017, p.56/57).

Ademais, nesse sentido, no que diz respeito às relações conjugais:

No que se refere às relações conjugais, podemos pensar em hipóteses legislativas bastante questionáveis. A título de exemplo, vale citar os requisitos exigidos para esterilização voluntária dispostos na Lei de Planejamento Familiar (Lei n 9.263/96), que lista condições cumulativas a serem observadas, quais sejam: a autorização de ambos os cônjuges (art. 10, 5); a observância de um prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico; a exigência de que o paciente tenha a idade mínima de 25 anos e, no mínimo, dois filhos vivos (art. 10, I); além da notificação compulsória da direção do Sistema Único de Saúde (art. 11) (MULTEDO, 2017, p. 58)

É importante salientar, que o intuito do Paternalismo não é estabelecer uma regra referente a maneira em que o núcleo familiar será constituído, afastando-se do que fora antes idealizado. E sim, garantir que mesmo dotados de autonomia, os indivíduos não trilhem caminhos prejudiciais à sua existência.

As intervenções estatais podem ser classificadas como paternalista ou não paternalistas, inclusive sendo reconhecida em vários graus de intensidade. O termo “Paternalismo”, corresponde a valores patriarcais, associados à ação de alguém como um “pai” nas mais adversas relações vivenciadas.

O Paternalismo Libertário, nas palavras de Ferreira pode ser sintetizado da seguinte forma:

O paternalismo libertário é paternalista, na medida em que busca influenciar o comportamento das pessoas para que optem pelo “arranjo” que melhor promoverá o seu bem-estar (na visão dos interventores), e é libertário, porquanto preserva a liberdade das pessoas para escolherem

outros arranjos, não se sujeitando, assim, àquele(s) atribuído(s) pela lei, em respeito à sua autonomia volitiva (FERREIRA, 2020, p. 271)

Os libertários afirmam que o exercício da liberdade deve ocorrer sem nenhuma interferência do estado nas escolhas do sujeito. Em contrapartida, os paternalistas acreditam que sempre haverá algum tipo de interferência heterônoma estatal, em maior ou menor grau. Ao meio termo, tem-se o Paternalismo Libertário, aludindo que é possível sim que instituições públicas ou privadas, tenham intromissão ao comportamento das pessoas ao mesmo tempo que respeitam sua liberdade de escolha.

Os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância de normas cogentes ou de ordem pública. Sustenta-se que a constitucionalização do direito de família e a intervenção estatal não tem o condão de fazer esse ramo do direito pertencer ao direito público, eis que a realização da pessoa humana no âmbito das relações familiares e sua finalidade. (MULTEDO, 2017, p 53)

O Paternalismo Libertário se apresenta, portanto, como uma oferta de possibilidades à escolha do indivíduo, onde o Estado exerce sua intervenção com a finalidade de proporcionar aquilo que os indivíduos almejam mas não detenham condições concluir sozinhos, justamente pela falta de conhecimento necessário, justificando-se a intervenção para orientar a tomada da melhor decisão.

A doutrina norte-americana conseguiu demonstrar que é inevitável a presença de um certo grau de paternalismo no momento em que o legislador se utiliza das “regras- padrão” (default rules) ou “regras supletivas” na regulação diversos institutos, eis que a própria forma de apresentação das regras já influencia no comportamento dos sujeitos, ainda que tenham a opção de não aderirem ao arsenal pré-especificado (prerrogativa à qual se denominou opt-out) e elegerem os de sua preferência, o que vai, pois, ao encontro das acepções do paternalismo libertário. (FERREIRA, 2020, p. 272)

Em outras palavras, o caráter protetivo do Estado, não deve se sobrepor aos interesses privados neste espaço tão

íntimo que é a família, cabendo ao Estado apenas uma regulação supletiva, com vistas ao preenchimento das lacunas deixadas pela própria família ou então quando for necessária a sua intervenção na preservação do melhor interesse do hipossuficiente, notadamente quando sua saúde ou segurança estiverem ameaçadas.

## 2.2 DA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES

No âmbito familiar é que o indivíduo inicia o seu desenvolvimento psíquico e a formação de personalidade, deste modo, é responsabilidade dos pais proporcionarem um ambiente saudável à formação da autonomia individual da criança e do adolescente.

O artigo 1513 do Código Civil Brasileiro, estabelece que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família", consagrando o princípio da liberdade no direito de família. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proíbe a interferência na vida familiar. E até mesmo a Lei de Adoção (n.º 12.010/2009), contemplou o princípio da não intervenção.

Não obstante, mesmo diante de um estado democrático, nenhuma liberdade é concebida de forma ilimitada. Diante disso, ocorre o dever sob a responsabilidade dos pais na criação dos filhos, na formação de um ambiente saudável e hábil formação da autonomia individual.

Sob essa orientação se inspirou o legislador brasileiro, ao ampliar significativamente o conteúdo da autoridade parental e dos deveres a esta inerentes, de modo a concretizar a sua autonomia da criança e do adolescente em seu melhor interesse, priorizando seu desenvolvimento em consonância com suas particularidades (MULTEDO, 2017, p. 107).

A família exerce um papel fundamental para a construção do que o sujeito será a longo prazo, quando o indivíduo é instruído desde cedo, com suas garantias sendo exercidas, se torna um ente capaz de discernir o que é melhor para o seu



interesse. E com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, pode-se verificar o quanto foi voltado ao princípio da dignidade humana, visando sempre a solidariedade familiar e a paternidade responsável.

Até então, fica evidenciado que a autoridade familiar é revestida pelo dever de cuidado e de responsabilidade dos pais sobre as crianças e adolescentes, a autoridade parental é caracterizada como “direito subjetivo dos pais exercido no interesse destes e dos filhos”, sendo admitido que se exija obediência e respeito, cabível até a restrição de liberdade, em casos em que resguarde o melhor interesse, voltado sempre ao desenvolvimento da personalidade destes.

Observa-se, portanto, que os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana estão intimamente ligados, uma vez que o princípio moderno da dignidade exige que todos indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir-se a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores" (XAVIER, 2021, p. 82).

Embora não seja distante os casos em que o Estado tenha que adotar para si, o direito de exercer autoridade sobre os hipossuficientes mediante disciplina legal e decisões judiciais. Do plano de vontade, transfere-se ao plano dos deveres impostos pela solidariedade constitucional. Cabendo o dever de tutela àqueles que se encontrem em situação de desvantagem, não dotados de capacidades para a manutenção da sua própria vida, com fundamento nas garantias fundamentais, é necessário que o órgão dotado de capacidade, tome as medidas cabíveis para a manutenção da vida e dignidade dos hipossuficientes. Em vista disso, Multedo (2017, p.117) diz que:

A constituição brasileira orienta a promoção do desenvolvimento de toda pessoa, exigindo condutas prestacionais do Estado e de entidades intermediárias, como a família, abarcando a todos pelo princípio da solidariedade em favor da persecução desse fim. A liberdade na família "encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas, sim, a função, o fundamento da sua própria titularidade”.

É necessário que aconteça essa intervenção, visto que existem casos extremos em que ficam evidenciadas as lacunas,

é irrefutável que seja cessado e que o Estado detenha as rédeas para isso.

É necessário traçar parâmetros a fim de que se evitem os excessos, pois a heteronomia na autoridade parental deve ser a exceção. A lei confere aos pais a autoridade parental para criar, educar e assistir seus filhos menores, não tendo como assegurar, em abstrato, que o estado tenha, em regra, legitimidade para intervir. Porém, a intervenção estatal muitas vezes impõe limites à autonomia familiar, sob o argumento de "melhor interesse da criança e do adolescente" (MULTEDO, 2017, p.57).

Acerca disso, Xavier ao descrever as balizas que o Estado deve utilizar, como medidas da sua intervenção, afirma que a atuação do Estado deve ser pautada pela figura de “um pai diligente nos cuidados com os filhos: nem proteção excessiva que não permite amadurecimento e tampouco ausência completa, que expõe a riscos e excessos.” (XAVIER, 2021, p. 83).

Assim, por mais que o indivíduo tenha o direito de desfrutar da liberdade necessária para realizar seu projeto pessoal de felicidade, existem momentos em que o Estado deverá desempenhar papel ativo sobre a seara da família, notadamente nas relações parentais, intervindo para garantir a dignidade da pessoa em condições de vulnerabilidade, proporcionando a efetiva igualdade.

### 2.3 ANÁLISE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PONTO DE VISTA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Diante das diversas relações de parentesco existentes, uma das mais importantes, ocorre pela filiação, diante do vínculo existente entre pai e filho. A filiação, ocorre pelo parentesco consanguíneo, em linha reta de primeiro grau, ou pela relação socioafetiva.

Uma das faces da nova família que se desenvolve, é justamente a mudança de pressupostos. Não mais correspondente somente a uma instituição nascida do casamento legal heterossexual, mas da disposição em partilhar sentimentos, momentos, cuidados (DIAS, 2020, p. 296).

Ademais, conforme previsão do art. 1.593 do Código Civil, “o parentesco é natural ou civil, conforme resultado de

consanguinidade ou outra origem”. Assim, possibilita a inclusão da filiação socioafetiva, uma paternidade não vinculada aos meios genéticos e sim, em decorrência da convivência afetiva.

O pai afetivo é aquele que ocupa, na vida da criança, a função de pai. Uma modalidade de adoção de fato. É aquele que fornece abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, o mínimo para a caracterização de filiação, presente em todos os momentos (DIAS, 2020, p. 233).

Segundo Multedo, muitas vezes a doutrina e a jurisprudência atribuem maior importância aos laços de afetividade e convivência familiar em relação aos próprios dados biológicos, advogando a supremacia da socioafetividade, desde que respeitados os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana (2017, p. 175).

Acerca dos elementos necessários à caracterização da parentalidade socioafetiva, o Supremo Tribunal de Justiça entende que deve decorrer de um ato de vontade, do pai ou mãe socioafetivo, ato volitivo este, que ainda se alia à posse de estado do filho. Para isso, são apontados quatro requisitos para a configuração da parentalidade socioafetiva: a afetividade, o período de convivência, a existência de forte vínculo afetivo e a posse de estado de filho.

Consoante isso, nos traz o Enunciado 256 do STJ: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Verifica-se a necessidade de existir um “estado de pai” para que ocorra “estado de filho”, reciprocidade do afeto para que se construa esse vínculo. Tal entendimento também é encontrado na própria jurisprudência:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade

notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível, Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em: 23-06- 2004).

Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, reconhecem que a posse de estado de filho é requisito para a averiguação da existência de uma filiação socioafetiva.

Ademais, o grande intuito desta modalidade do Direito de Família, é a viabilização do crescimento da criança e do interesse do indivíduo, conforme disposto na ementa abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada 32 pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos designios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso

especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (REsp 1167993/RS, Rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013)

Pode-se verificar que houve a manutenção do interesse da filha, possibilitando que ambos os pais, tanto biológicos quanto o registral, detivessem a mesma qualificação de pai, sem que haja qualquer distinção.

O Tribunal de Justiça, que possibilitou que um filho alterasse seu registro para constar seu pai biológico, mesmo diante da posse de estado de filho consolidado de seu pai socioafetivo. O papel contra majoritário e a função representativa desempenhados pelo Judiciário através da atuação das supremas cortes – que, como o Supremo Tribunal Federal, atendem a demandas sociais relevantes – contrapõem-se a um Parlamento que pretende reintroduzir valores religiosos unilaterais na ordem jurídica das relações familiares brasileiras, em clara violação ao Estado laico disposto expressamente na Constituição da República de 1988 (OLIVEIRA, 2018, p.25)

Ademais, neste sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou procedente uma ação de reconhecimento concomitante de paternidade afetiva e biológica, mesmo havendo processo anterior, com trânsito em julgado, no qual se negou o pedido para substituição do pai socioafetivo pelo biológico. Com fundamentos jurídicos diversos, mostra que a nova ação é absolutamente distinta da anterior. O ministro Marco Aurélio Bellizze, relator na ação anterior e o juízo de primeiro grau, chegou a julgar procedente o pedido de reconhecimento da filiação biológica, com base em exame positivo de DNA. A sentença, todavia, foi reformada pelo tribunal sob o fundamento de que o vínculo socioafetivo que havia perdurado por mais de 40 anos, deveria prevalecer sobre a filiação biológica.

Outrossim, o voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial no 4987/RJ, julgado pela Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça no ano de 1991, consignou que “a vida tem se mostrado mais rica que as teorias, fazendo com que a jurisprudência, com o aval

da doutrina, reflita as mutações do comportamento humano no campo do direito de família” (OLIVEIRA, 2018, p.30).

Veja-se que quando todas as figuras paternas e maternas colaboram simultaneamente para a criação e o bem-estar da criança, o não reconhecimento de qualquer um deles pode gerar sérios danos ao menor. Desta forma, conclui-se que quando for demonstrado que a multiparentalidade é a melhor solução para determinado caso, ela deve ser aplicada.

Não se pode olvidar ainda da importância do reconhecimento da multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva decorrente de uniões poliafetivas ou mesmo de filhos havidos entre amigos ou grupos de amigos.

Embora haja resistência no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao reconhecimento e proteção de direitos às pessoas que convivem nesses formatos de união, o que deve prevalecer, é o melhor interesse da criança, que criará laços de afetividade e multiparentalidade e, sem a devida cautela dos seus interesses, poderá ser privada da convivência com pais/mães afetivos.

Com efeito, a falta de reconhecimento a essas relações e, por consequência, de regulação quando o seu término, pode implicar uma punição severa às crianças advindas destas uniões, caso não seja reconhecida a multiparentalidade delas decorrentes. Acerca disso, Multedo afirma que:

Uma hipótese de multiparentalidade que aparece com mais frequência é a de “trisais” (três pessoas que se relacionam) ou de casais de amigos ou até grupos de amigos sem relacionamento entre si. São hipóteses de multiparentalidade *a priori*, pois é planejada antes do nascimento, ao contrário das anteriormente citadas. Exemplo recente é a decisão de 2015, do Juízo da 2ª Vara de Família da Capital de Santa Catarina, que concedeu liminar requerida por um casal homoafetivo de mulheres e seu amigo, que engravidou uma delas, para que, ao nascimento da criança, os três fossem registrados em sua certidão de nascimento como seus pais. O Ministério Público fez objeção à liminar e requereu a sua revogação, mas a decisão foi mantida e confirmada na sentença (MULTEDO, 2017, p. 193/194).

Diante disso, convém reportar a uma recente decisão jurisprudencial, que, apesar de não representar o posicionamento majoritário, acena para uma maior intervenção do Estado nas relações parentais, para reconhecer

a multiparentalidade e garantir a preservação do interesse de uma criança fruto de inseminação artificial caseira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO E RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - TUTELA DE URGÊNCIA - DIREITO DE VISITAS - INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA - DOADOR CONHECIDO - PROBABILIDADE DO DIREITO - PRESENÇA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - O deferimento da tutela provisória de urgência está condicionado ao preenchimento concomitante dos dois requisitos estabelecidos no art. 300 do CPC, quais sejam, a probabilidade do direito alegado pelo requerente (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo que inviabilize a espera pelo julgamento do mérito do feito originário (*periculum in mora*) - Estando presentes os requisitos estabelecidos no art. 300, do CPC deve ser mantida a decisão proferida pelo Juízo a quo, que deferiu o pedido de tutela provisória de urgência, formulado na exordial. (TJ-MG - AI: 10000210120689001 MG, Relator: Maurício Soares, Data de Julgamento: 02/09/2021, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/2021).

Trata-se de uma criança concebida por inseminação artificial caseira em que o pai biológico vive em união estável com o irmão da mãe biológica, que também está em união estável com pessoa do mesmo sexo, formando-se dois casais homoafetivos e que, pelas provas carreadas nos autos, planejaram a concepção da criança, que seria criada em conjunto entre os dois casais, conforme se extrai da leitura do Acórdão:

Depreende-se dos autos ser incontroverso o fato de o agravado ter sido o doador do sêmen que gerou a concepção do agravante. Tal fato foi expressamente declarado pelo requerente e corroborado pelas razões recursais. Contudo, após o nascimento do agravante, sua genitora passou a questionar-se sobre a possibilidade de nova concepção, como se vê da seguinte assertiva, extraída da ata notarial por ela produzida (ordem n. 6).

No caso em apreço, em que pese posterior desentendimento entre os dois casais que haviam se comprometido à concepção e criação em conjunto da criança, o Poder Judiciário entendeu que a pluriparentalidade já havia se instaurado e que atendia ao melhor interesse da criança o reconhecimento da paternidade/maternidade biológica cumulada com a afetiva. Em sua fundamentação, o Relator do caso destacou que:

Dessa forma, entendo desarrazoado, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, privar o menor do direito ao reconhecimento pelo provável pai biológico, diante da ausência de qualquer vedação normativa ou jurídica. Por fim, ressalta-se a plena aceitação, hoje em dia, da pluriparentalidade, sendo que o eventual reconhecimento do agravado como pai biológico do menor, com consequente retificação do registro, não retira da companheira da agravante o direito ao registro como mãe socioafetiva. Portanto, entendo que deve ser reconhecido ao agravado, ao menos nesta análise perfunctória do feito, o direito de visitas ao menor, em especial não havendo fatos desabonadores ao seu convívio com a criança (grifou-se).

Portanto, o Estado interveio na relação familiar, em defesa dos interesses do hipossuficiente.

Assim, a jurisprudência em constante mutação, vem se adaptando aos novos desfechos que a sociedade adota, analisando caso a caso e verificando as necessidades de cada indivíduo, exercendo um papel de extrema valia, para que se alcance conformidade com a maior idealização da sociedade que é a tutela dos interesses dos hipossuficientes.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As transformações sociais e jurisprudenciais têm gerado grande impacto no Direito das Famílias, redefinidos os conceitos de entidade familiar, família e casamento, atingindo também as percepções do que é ser mãe e pai, bem como do que é desenvolver plenamente as funções parentais no âmbito familiar.

O reconhecimento da importância da afetividade enquanto elemento identificador dos vínculos familiares fez com que a paternidade e a maternidade não decorram apenas da existência de laços biológicos, acarretando em diversas outros arranjos de família, onde os componentes sejam detentores de vínculos afetivos, apesar de não terem uma ascendência genética comum ou quaisquer vínculos consanguíneos. Nesse contexto, a atualidade admite a filiação socioafetiva judicialmente e tem assegurado em seu reconhecimento os mesmos efeitos jurídicos decorrentes da filiação biológica, sem distinção de qualquer natureza.

Nesse sentido, o presente trabalho consistiu em uma análise do fenômeno da paternidade socioafetiva do ponto de



vida do Paternalismo Libertário, que advoga a mínima intervenção do Estado como forma de assegurar o exercício da autonomia privada, todavia, necessária quando se trata da defesa dos hipossuficientes.

Diante das constantes modificações ocorridas no direito, verifica-se que a jurisdição está em constante atualização e adotando moldes para as novas realidades, sendo ampliado o conceito de família e permitindo o surgimento de novos núcleos familiares. Em decorrência disso, a liberdade alcança o planejamento da entidade familiar, ocasionando o fortalecimento do princípio da afetividade no mundo jurídico.

O Paternalismo Libertário, se torna a medida aplicável nesses casos, onde por mais que diante de uma autoridade, é possível que indivíduo adote suas escolhas, para que alcance o seu plano de felicidade. E por parte do Estado, ocorra a finalidade de melhorar as decisões tomadas pela sociedade, estabelecendo maneiras para a substituição a eventuais lacunas deixadas pela própria família.

Demonstrou-se ainda, a necessidade de intervenção, visto que existem casos envolvendo hipossuficientes, que demandam proteção estatal. Verificou-se que a paternidade socioafetiva, deve ser aplicada quando demonstrado que tanto os pais biológicos quanto os pais afetivos desejam participar ativamente da vida do hipossuficiente, de forma a contribuir positivamente para seu desenvolvimento.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é necessário que nos dias de hoje, ambos os pais, biológico e afetivo, detenham a mesma qualificação, sem que haja distinções.

Desse modo, com vistas ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à personalidade, a autonomia privada, a impossibilidade de discriminação e hierarquização das espécies de filiação e, por fim a proteção dos múltiplos vínculos parentais, corresponde que a melhor via para o caminho judicial, é o que atenda os interesses dos filhos, prezando sempre pelo fornecimento de um ambiente saudável ao seu desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1167993/RS, Rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Minas Gerais - AI: 10000210120689001 MG, Relator: Mauricio Soares, Data de Julgamento: 02/09/2021, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em: 23-06-2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodivim, 2021.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A **INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA PATRIMONIAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO “PATERNALISMO LIBERTÁRIO”**, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6, 2020, nº 1, p. 67-284.

FIUZA, César e POLI, Luciana Costa. **Famílias: Para Além dos Ditames dos Tribunais**. vol. 6. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo, 2016. 132. DTR\2016\443.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família - Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

OLIVEIRA, Barbara de Paula Mendes. **A Impossibilidade da Desconstituição da Paternidade Socioafetiva**. 2018. Monografia. - Universidade Federal de Uberlândia-MG. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24405/3/ImpossibilidadeDesconstitui%c3%a7%c3%a3oPaternidade.pdf>>. Acesso em: set, 2021.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de Namoro**. Vol. 3. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2021.

# [ CAPÍTULO 3 ]

## **HERMENÊUTICA CONSEQUENCIALISTA: PRESENTE NAS NORMAS BRASILEIRAS? UMA ABORDAGEM DEVIDA?**

Diogo Lopes CAVALCANTE<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Doutor em Economia pela Unioeste. Mestre em Direito pela Unipar. Professor universitário. Procurador da Fazenda Nacional. Email para contato: [diogo.cavalcante@fag.edu.br](mailto:diogo.cavalcante@fag.edu.br).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a chamada hermenêutica consequencialista, que consiste no uso de certos instrumentos e princípios voltados para uma interpretação do Direito subordinada às consequências de sua aplicação.

O foco da análise reside em dois questionamentos para além da definição do instituto: i) se o Direito brasileiro recepcionou essa modalidade hermenêutica, do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial; e ii) se essa modalidade hermenêutica é uma abordagem devida.

Certo, nessa linha, que a hermenêutica consequencialista, ainda que muitas vezes não reconhecida por essa nomenclatura – como será abordado no primeiro capítulo – está presente no Direito brasileiro – como será abordado no segundo capítulo.

Todavia, é difícil afirmar de forma não duvidosa se essa modalidade hermenêutica é adequada, como será tratado no terceiro capítulo. A defesa e a crítica do consequencialismo, como será visto, apresenta pólos na doutrina e jurisprudência com posicionamentos igualmente defensáveis.

Tem-se de um lado aqueles que são chamados muitas vezes de juspositivistas, que defendem que o raciocínio judicial como um silogismo entre o fato e a norma, no qual o magistrado não precisa e não deve avaliar consequências; cenário que se destaca o pensamento de autores como Ronald Dworkin.

Em outra ponta, tem-se aqueles que reagem ao juspositivismo, com defesa da necessidade dos juízes avaliar as consequências de suas decisões; cenário que se destaca a escola referida como análise econômica do Direito e autores como Richard Posner. Para estes, “não podemos mais negar que os juízes buscam ter um comportamento eficiente e, até de forma inconsciente, adotam raciocínios privilegiando o custo-benefício de suas decisões” (RIBEIRO; DOMINGUES; KLEIN, 2016, p. 12).

Contudo, paradoxalmente ao que parece, é necessário reconhecer que a reação ao juspositivismo não se limita à chamada hermenêutica consequencialista, que apresenta diversas correntes e influências variadas.

Exemplo, nesse sentido, é a doutrina e jurisprudência brasileira que é intitulada neoconstitucionalismo, que nega o

juspositivismo e a subsunção legal sem se ater às consequências práticas. Ora; “apesar da clara preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial” (GICO JR, 2014, p. 10)

## **2 CONCEITUANDO A HERMENÊUTICA CONSEQUENCIALISTA**

A primeira pergunta que precisa ser esclarecida nesse trabalho é a definição do que seria a hermenêutica consequencialista, de se antever consequências das decisões ou interpretações jurídicas. Para tal, todavia, é importante realizar uma perspectiva histórica.

Essa perspectiva histórica, como será exposto, faz com que a hermenêutica tradicional amparada preponderantemente em Savigny apresente uma profunda mudança. Ora, tem-se uma evidente superação histórica naqueles conhecidos métodos clássicos gramatical, lógico, histórico e sistemático.

Explicando de outra forma, a hermenêutica consequencialista nada mais se apresenta como a pretensa superação, para alguns, da chamada jurisprudência de conceitos. Esta teoria, por sua vez, é conhecida pelo seu caráter formalista, positivo e sistemático, ao determinar que a interpretação do direito se deva dar unicamente de forma lógico-dedutiva mediante a subsunção.

Essa jurisprudência de conceitos, ainda, sofreu ataques por outras escolas como o exetismo francês – que mediante codificação procurava encontrar respostas para quaisquer problemas –, e como pela escola analítica de John Austin (1790-1859).

Todavia, ao ponto que importa para essa pesquisa, é imperioso reconhecer que o consequencialismo decorre de forma mais aproximada do realismo jurídico nos Estados Unidos, que, por sua vez, foi influenciado pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832).

O realismo jurídico norte-americano apresenta autores importantes como Oliver W. Holmes (1841-1935). Eles negam um direito de valores e moral, criticando o que seria uma perigosa indeterminação legal que pode levar a decisões diferentes para casos parecidos. Crítica que o inglês Herbert

Hart (1907–1992) também realizou, assim como o alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Ambos que serão tratados individualmente à frente.

Enfim, evidente que a hermenêutica consequencialista é apenas uma das abordagens que nega os propagados métodos hermenêuticos de Savigny, como métodos que não garantem resultado adequado para aplicação em casos específicos.

## 2.1. A INTEPRETAÇÃO E A SUBSUNÇÃO

Antes de analisar a chamada hermenêutica consequencialista propriamente dita, é necessário abordar o significado da interpretação clássica no Direito. Para tal, é indispensável analisar o mecanismo de subsunção.

Inicialmente, deve-se reconhecer que a interpretação é um momento no ordenamento jurídico que precede a aplicação ou concretização respectiva. Nesse sentido, cabe diferenciar os conceitos de texto de norma e de norma. A norma difere da norma na medida que é fruto justamente da interpretação do texto jurídico.

Da mesma forma, o conjunto de todas as normas é conhecido como ordenamento jurídico, que deve ter unidade, completude e coerência (BOBBIO, 1995). Unidade como também consta em Kelsen, coerência como combate de antinomias por critérios de resolução de antinomias (STRECK, 2017, p. 33), e completude como a pretensão de resolução de qualquer caso concreto.

Esse ordenamento jurídico como um todo, por sua vez, estaria sujeito a interpretação por meio do raciocínio lógico-dedutivo, partindo de uma premissa maior abstrata legal para um menos nos fatos.

Esse raciocínio, como porto nesse item, também representa um processo de subsunção ou silogismo, ao menos para o positivismo; processo em que o juiz criaria o direito no caso concreto, com proibição do chamado *non liquet* e revelação da fundamentação respectiva. Sobre o positivismo:

O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Sete características merecem ser salientadas: i) a identificação plena do direito com a lei; ii) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); iii) o não reconhecimento dos princípios como normas; iv) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; v) a

identificação entre vigência e validade da lei; vi) o formalismo jurídico; vii) o não tratamento da questão da legitimidade do direito. (CAMBI, 2009, p.79)

Mais do que isso, esse raciocínio lógico-dedutivo na aplicação da norma também é utilizado no processo de criação da norma, dentro da lógica piramidal do ordenamento por Kelsen. Isso porque seria necessário observar a norma acima na pirâmide para criar a norma inferior.

Ainda retomando Kelsen (1998), vale menção à ideia de moldura na interpretação, na ideia de que a interpretação adequada ao caso concreto – decorrente dessa subsunção tratada – deva estar limitada à moldura imposta pelas normas. A moldura, por sua vez, não seria uma escolha por parte do Direito, mas sim da política; de modo que ao aplicador não são facultadas múltiplas interpretações possíveis.

Ou seja, a subsunção defendida por essa linha de pensamento cria uma norma jurídica individual. A dificuldade posta, todavia, reside na grande indeterminação dos textos das leis, a ponto de ser difícil na prática imaginar uma única interpretação inserida nessa moldura jurídica.

O que nos conduz para o próximo tópico: o reconhecimento de que o intérprete faz a escolha da interpretação possível dentro da moldura utilizando-se de fatores extrajurídicos.

## 2.2. CONSEQUENCIALISMO

O consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações jurídicas possíveis, o juiz opta pelo cenário com resultados extrajurídicos mais favoráveis, geralmente no campo econômico.

O consequencialismo também apresenta sinônimo na expressão “sinépica”:

Uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como pensamento consequencial, a sugerir que a decisão judicial seja tomada com base nas possíveis consequências práticas que ela pode produzir. Com efeito, o consequencialismo (ou sinépica) é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo. (NUNES, 2012, p, 27)

O consequencialismo, portanto, impõe ao julgador, diante de mais uma decisão possível juridicamente, considerar as consequências sociais e econômicas da opção a ser escolhida.

Ou seja, trata-se de adequar a decisão às consequências a ela associadas:

Aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença. (PIROZI, 2008, p. 2)

Em complemento:

O consequencialismo, para fins do presente estudo, é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, o ‘o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem’. Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que o que no caso central do consequencialismo ‘uma ação é correta é absolutamente uma noção maximizadora’. Essa ideia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria; a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com o critério específico. (RIEFFEL 2006, p. 2)

Uma crítica importante aos consequencialistas decorre dos chamados garantistas, que defendem que os juízes consequencialistas teriam uma tendência a ser punitivistas, passando por cima de garantias individuais e direitos fundamentais. Fato que ofenderia o chamado devido processo legal.

Uma outra crítica importante ao consequencialismo reside em sua proximidade com o chamado utilitarismo, da tentativa racional de se maximizar a utilidade. Raciocínio que não seria restrito a decisões judiciais, mas a decisões cotidianas de todas as pessoas.

Contra essas críticas, seus defensores afirmam que o consequencialismo não seria um método aplicado a quaisquer casos, mas sim restrito aos “hard cases” definidos por Dworkin. O consequencialismo, portanto, seria complementar à subsunção direta das leis.

Há quem defenda também, como MacCormick, que o consequencialismo nada mais é do que um tipo de argumentação:

A argumentação consequencialista envolve a elaboração da deliberação universalizada necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de



valores mensuráveis. Ela envolve critérios múltiplos, que deve incluir no mínimo “justiça”, “senso comum”, “política de interesse público” e “conveniência jurídica” (MAC CORMICK, 2009, p. 24)

Enfim, o debate acerca do consequencialismo é extenso, com elogios ao seu pragmatismo e críticas múltiplas a afastar o Direito da técnica.

### 2.3. ORIGEM TEÓRICA DO CONSEQUENCIALISMO

Pode-se dizer, sem risco de se equivocar, que a principal origem teórica do consequencialismo reside no realismo jurídico norte-americano, que tem Oliver W. Holmes (1841-1935) como seu principal expoente. Todavia, necessário também lembrar as contribuições anteriores de Jeremy Bentham (1748-1832).

Oliver W. Holmes bem defendia que o direito é dinâmico, que não é posto no momento da formação da norma, e que depende do marco temporal de sua interpretação. Holmes alerta que as necessidades morais e políticas se alteram de período a período, a ponto de que mesmo de forma inconsciente os juízes realizam interpretações distintas. Ao ponto que, para Holmes, o direito não pode ser tratado como livro de matemática, que está sujeito inclusive a equívocos e preconceitos de seus operadores.

Ora, “no realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril” (GICO JR, 2014, p. 7). Enfim, o realismo jurídico se afastou da pretensa teoria pura do direito, culminando em áreas como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*).

Interessante, a esse ponto, que a interdisciplinaridade também ocorreu na tradição europeia-continental no chamado neoconstitucionalismo, com a diferença de que os neoconstitucionalistas buscam reaproximar o direito da filosofia. Todavia, essa linha neoconstitucionalista é extremamente criticada pelos consequencialistas:

Ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis (...) precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública

dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano. (GICO JR, 2014, p. 10-11)

De qualquer forma, é fato que o consequencialismo contribui muito para formação de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar consequências da concretização das normas.

A Análise Econômica do Direito (AED) surge nesse contexto com a utilização da economia e seus instrumentos para avaliar a adequação de determinada norma frente às suas reais consequências sobre a sociedade.

O principal autor desse movimento é Richard Posner, que defende a AED como uma corrente que evita os extremos do positivismo jurídico e da corrente da livre interpretação, apresentando-se como uma posição intermediária (POSNER. 2010).

Trata-se, pois, a escola do “Law and Economics” ligada a escola de Chicago na segunda metade do século XX, que também apresenta autores como Ronald Cose, Gary Becker e Guido Calabressi.

### 2.3.1 Os estudos de Richard Posner

Para se compreender mais a fundo a tentativa mais bem sucedida de propagação do consequencialismo definido acima, é importante levantar os estudos de Richard Posner na gênese da Análise Econômica do Direito.

São três os fundamentos da teoria defendida por Posner:

- 1) A demonstração da insuficiência de duas importantes teorias sobre o que é a justiça: a visão aristotélica e a justiça como imparcialidade [fairness] de John Rawls, no que tange especificamente ao seu ponto de partida (a posição original) e o princípio distributivo que dela decorre;
  - 2) a incapacidade da filosofia moral de auxiliar o direito;
  - 3) uma determinada visão econômica do mundo (e seus desdobramentos).
- (RIEFFEL, 2006,. p, 5)

Para Posner, deve-se compreender a economia como a ciência da escolha racional em um contexto de escassez de recursos. O direito, nesse ambiente, teria como função propagar a maximização de riqueza ou a eficiência econômica por interpretações consequencialistas:

Tal postura de Posner encontra arrimo ao impor ao juiz o dever de formar boa motivação de sua decisão, devendo utilizar a linguagem de tais direitos

para enfrentar os casos que instintivamente (analisando-se as possíveis consequências das decisões alternativas), não tomando por base apenas sua consciência, tornando o Direito, pois, consequencialista, robustecendo os princípios da segurança jurídica e da isonomia, e por isso mesmo potencialmente reduzindo os voluntarismos. Consequências essas que levam em consideração o caso concreto, o que de fato ocorre, relegando a segundo plano as implicações de ordem teórica. Ademais, Posner, ao partir do conceito de “adjudicação pragmática<sup>88</sup>”, rechaça a possibilidade de o magistrado pragmático julgar pura e simplesmente de acordo com sua consciência. (SILVA, 2017, p. 67)

Todavia, a Análise Econômica do Direito, na própria visão de Posner, apresenta múltiplas abordagens assim como a própria economia:

As análises econômicas do direito compõem-se de dois ramos. O mais antigo, a análise das leis que regulam as atividades explicitamente econômicas, remonta pelo menos às discussões de Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, as quais ainda hoje representam uma parte importante da análise econômica do direito. Do ponto de vista quantitativo é, de fato, a mais importante. Entre os estudos dessa área incluem-se os de legislação antitruste, tributação e direito societário; os de regulamentação das empresas públicas e do transporte de cargas, e os de regulamentação do comércio internacional, entre outras atividades do mercado. O outro ramo, a análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas, é de modo geral, muito mais recente. E é precisamente esse ramo que fornece o arcabouço teórico desse livro. Os pioneiros nesse terreno são Ronald Coase e Guido Calabresi. (POSNER, 2010, p. 7)

Este estudo de Posner também apresenta correlação com Ronald Coase, que aborda as decisões dos juízes no sistema da common law contaminados por abordagens consequencialistas econômicas. Um estudo empírico:

A hipótese não é a de que os juízes sejam capazes de reproduzir, ou que efetivamente reproduzam os resultados, dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites impostos pelos custos administrativos do sistema judiciário (aos quais se deve atentar em qualquer tentativa de promover a eficiência por meio de normas jurídicas), as decisões judiciais do common law conduzem o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação. (POSNER, 2010, p. 8)

Como já foi tratado, todavia, tem-se uma confusão comum em se associar a Análise Econômica do Direito ao chamado utilitarismo, como forma de desqualificação da teoria. Todavia, Richard Posner bem explica a razão de se diferenciar:

O utilitarismo, no sentido mais comum do termo e também o que usarei aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei

deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (o superávit do prazer comparativamente à dor) acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da sociedade, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro. Por outro lado, para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social, termo não raro definido de forma tão abrangente que se transforma em sinônimo do conceito utilitarista de felicidade, exceto pelo fato de que geralmente não se inclui, no conceito de bem estar social, a satisfação de outros seres que não os humanos”. (POSNER, 2010, p. 59)

Posner combate o utilitarismo, tanto que evidencia vícios insanáveis dessa postura, a saber, a inoperância do critério de felicidade, ante a ausência de métrica adequada a aferir o nível de felicidade dos indivíduos em razão dos valores capilarizados inviabilizarem a objetividade da aferição. Dessa forma, não haveria confundir-se efficientismo com utilitarismo, dada a objetividade efficientista, fornecedora de previsibilidade dos gostos dos indivíduos. (SILVA, 2017, p. 125)

### 2.3.2 Os estudos de Neil Maccomick e Robert Summers

Apesar de Richard Posner ser conhecido como principal expoente da Análise Econômica do Direito, e principal alvo de críticas, importante apresentar outros autores como Maccomik e Summers que propagam variantes teóricas para incidência da Economia no Direito.

Enquanto que Richard Posner defende que o Direito deva absorver os argumentos econômicos nas decisões judiciais, com consequências mais benéficas para a sociedade, Maccomik e Summer defende que o raciocínio consequencialista deva estar restrito a produção das normas, não sua aplicação.

Ora, para eles a análise consequencialista não estaria no silogismo do juiz, mas sim nas premissas das escolhas normativas, da construção da norma. Eis que o consequencialismo deveria ser aplicado de forma universal em abstrato, e não individualmente em casos concretos. Raciocínio que vai de encontro com os problemas do ativismo judicial em ações individuais.

Para Maccormick, portanto, o consequencialismo não poderia ocorrer em casos individualmente, mas sim de forma global, para proteção da coerência e coesão do ordenamento jurídico:

A coesão significa a ausência de contradição lógica entre normas jurídicas. Portanto, para a uma decisão ser coesa, ela não pode estar em contradição com alguma outra norma válida e obrigatória do sistema jurídico. Todavia,

salienta-se que em uma situação fática extrema a falta de coesão pode ser justificada e interpretada evitando eventuais contradições formais entre as normas. (MACCORMICK, 2012, p. 106).

Além disso, para Maccormick, a ideia de universalidade no consequentialismo envolveria a necessária observância dos precedentes, dos casos do passado para justificar os casos futuros (MACCORMICK, 2012, p. 76).

Por fim, especificamente para Maccormick, a única ideia válida de consequentialismo é aquela que considera todas as consequências de uma decisão, um somatório de custo e benefício; e não uma ideia que ignora a extensão de algum dos efeitos da decisão, de fatores não diretos (MACCORMICK, 2005, p. 350).

Para Summer, por sua vez, o consequentialismo deve considerar aspectos teleológicos das normas, do desdobramento prático independente da atuação judicial (SUMMERS, 1978, p. 716).

### **3. A HERMENÊUTICA CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO**

Feitas as devidas definições mais importantes atinentes à hermenêutica consequentialista, passa-se agora a questionar se essa teoria possui ou não inserção no direito brasileiro especificamente.

Cabe questionar, separando os planos legais, doutrinário e jurisprudencial, a recepção dessa teoria em terras tupiniquins.

#### **3.1. DO PONTO DE VISTA LEGAL**

Do ponto de vista legal o dispositivo mais evidente da adoção da hermenêutica consequentialista é o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei nº 4867 de 1942, com redação dada pela lei 12376/2010 e alteração pela lei nº 13.655/2018.

Como visto, todavia, pode-se perfeitamente identificar a hermenêutica consequentialista ao caso em exame, mas não necessariamente a Análise Econômica do Direito (AED), que se apresenta como uma de suas decorrências como visto.

Eis a redação do polêmico dispositivo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Este dispositivo, que determina que o juiz deva considerar as “consequências práticas da decisão” e não “valores abstratos”, apresenta-se claramente como um rompimento de paradigma. Claramente um dispositivo que procura combater o ativismo judicial, com a contaminação do Direito pela moral. A ideia seria de substituir o voluntarismo do juiz pela segurança jurídica, pela atenção a consequências, pelo equilíbrio do impacto das decisões.

A mingua das extensas críticas em face desse dispositivo, importante analisar primeiramente o decreto nº 9830/2019 que procurou regulamentar o artigo 20 da LINDB. Eis o artigo 3º desse decreto:

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Ora, o decreto regulamentador determina que os valores jurídicos abstratos a serem evitados pelo magistrado seriam aqueles com alto grau de indeterminação e abstração. Também, esclarece que as consequências práticas da decisão seriam todas as consequências imagináveis com base nos dados fundamentos e fatos postos. E, mais a frente, a motivação da decisão estaria adstrita à proporcionalidade e razoabilidade. Dispositivo, vale ressaltar, que carece de objetivismo e acaba por não solucionar as controvérsias da matéria.

Para além da discussão acerca do artigo 20 da LINDB, todavia, importante reconhecer outra hipótese legal importante de adoção da hermenêutica consequencialista no direito brasileiro. Trata-se da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade. É justamente a redação do artigo 27 da Lei 9.868/99 quanto às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, idêntica à redação do artigo 11 da Lei 9.882/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Uma hipótese, prevista no controle concentrado de constitucionalidade, mas que o Supremo Tribunal Federal já adotou no controle difuso de constitucionalidade, de alterar o efeito *ex tunc* (retroativo) das decisões. Permitindo-se modular e conceder efeito *ex nunc* ou pro-futuro, com o voto de 2/3 dos ministros em casos de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Exemplo de decisão com efeitos pro futuro: o STF, ao analisar o número de vereadores proporcional à população do município, determinou-se que tinha que se observar a proporcionalidade em âmbito estadual e federal, mas os vereadores que já estivessem nos cargos poderiam neles permanecer até o final de seu mandato. A decisão foi de 2002, mas só teve efeitos a partir de 2004.

### 3.2. DO PONTO DE VISTA DOUTRINÁRIO

Do ponto de vista doutrinário, pode-se dizer que muitos autores brasileiros são entusiastas da hermenêutica consequencialista, em sentido contrário à tradução positivista do século XIX da razão, da razão “aprisionada” na lei. A

negação dos três tipos de positivismo: o francês (exegetismo), o alemão (jurisprudência dos conceitos) e o inglês (jurisprudência analítica).

Hermenêutica consequencialista no Brasil, todavia, diversa da Escola do Direito Livre, do início do século XX (Hermann Kantorowicz - 1906, *A Luta pela Ciência do Direito*), que defende a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei (MAIA, 2016).

Ora, a doutrina brasileira consequencialista apresenta raízes nos debates entorno da jurisprudência analítica de John Austin (1790-1859), um jurista inglês que buscou fazer uma releitura do utilitarismo de Jeremy Bentham, e na jurisprudência dos conceitos da teoria do direito alemã.

### 3.2.1. A jurisprudência dos conceitos, dos interesses e dos valores

A jurisprudência dos conceitos foi a primeira corrente do positivismo jurídico, segundo a qual a norma escrita deve refletir conceitos, quando de sua interpretação. Seus principais representantes foram Ihering, Savigny e Puchta.

Foi, portanto, a precursora da ideia de que o direito provém de fonte dogmática, imposição do homem sobre o homem e não consequência natural de outras ciências ou da metafísica.

Entre as principais características da jurisprudência dos conceitos estão: o formalismo, com a busca do direito na lei escrita; a sistematização; a busca de justificação da norma específica com base na mais geral:

A jurisprudência dos conceitos é uma corrente de pensamento positivista ocorrida no séc. XIX e teve como expoentes Puchta, Ihering, Wack e Windsheid. Esse movimento é a tentativa de superação do jusnaturalismo e o desenvolvimento do formalismo. (STRECK, 2017. p. 103)

A jurisprudência dos interesses foi a segunda corrente do positivismo jurídico, segundo a qual a norma escrita deve refletir interesses, quando de sua interpretação. Seu principal representante foi Philipp Heck:

A jurisprudência dos interesses surge no contexto da formação de um Direito público no estado liberal dos anos noventa, com aparecimento de novas disciplinas para regular as relações do e com o Estado, ao contrário



da escola histórica e da jurisprudência dos conceitos, que permanecem ligadas ao Direito privado. (STRECK, 2017. p. 109-110)

Na jurisprudência dos interesses interpreta-se a norma tendo em vista as supostas finalidades às quais esta é destinada.

Além da jurisprudência de conceitos e de interesses, todavia, tem-se a escola de pensamento ou positivista chamada de jurisprudência de valores ou de princípios. Última dessas correntes que influencia o consequencialismo:

O argumento consequencialista é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial boas ou más no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais prejudiciais ou favoráveis à sociedade devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma em certas circunstâncias. Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios de um lado e, facticidade, do outro. É fruto da jurisprudência dos princípios (TORRES, 2010. p. 20)

Esta forma de pensar o direito tem várias características, estando entre eles uma significativa evolução ao respeito e cumprimento de princípios constitucionais. A jurisprudência dos valores caracteriza uma separação de regras e princípios, além de separação dos conceitos de igualdade, liberdade e justiça:

Com a jurisprudência dos valores, sustentava-se um ius distinto da lex através da invocação de argumentos que permitissem ao tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. O Direito é concebido aqui como uma ordem positiva de valores, sendo que na decisão orientada por valores o juiz pode ir para além daquilo enunciado pelo texto da lei. (STRECK, 2017. p. 115)

Destas três correntes – da jurisprudência de conceitos, interesses e valores – a corrente mais propagada do positivismo foi a dos interesses, que consolidou-se na teoria germânica na primeira metade do século XX.

Segundo o próprio Phillipp Heck, a jurisprudência de interesses tem foco na decisão judicial dos casos concretos, na satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. Ora, a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder esse foco na elaboração dos conceitos legais.

Nesse sentido, por um lado, as normas eram produtos dos interesses sociais e, por outro, elas tinham como objetivo regular os choques existentes entre os vários interesses

conflitantes. Com isso, os interesses devem ser vistos tanto como causas como objeto das normas, sugerindo-se uma coordenação.

Como a sociedade encontra-se em constante transformação, todavia, não bastaria investigar os interesses originais que motivaram a criação de uma norma; mas seria preciso realizar certas correções para novas realidades sociais.

Justamente, nesse sentido, de agregar o normativismo ao discurso finalístico, que a jurisprudência de interesses encontra convergência e influência ao consequencialismo objeto desse estudo.

Ao apresentar o direito como instrumento voltado à realização da finalidade de realizar os interesses sociais, essa concepção possibilitou a integração no discurso jurídico de elementos sociais, econômicos, morais e outros, que eram rejeitados pelo positivismo legalista dominante.

Essa tentativa de harmonizar o discurso legalista a certos aspectos sociológicos deu origem a uma concepção que não defendia o abandono nem a superação da lei, mas a aplicação do direito positivo dentro de parâmetros socialmente adequados. Com isso, a jurisprudência dos interesses foi importante para equilibrar segurança jurídica e justiça.

### 3.2.2. A jurisprudência analítica de John Austin, a teoria pura do Direito de Hans Kelsen e a crítica de Hart

John Austrin foi fundador da jurisprudência analítica anglo-saxã – com a publicação da obra *The Province of Jurisprudence Determined*. Tem uma influência forte de Jeremy Bentham, mas também de David Ricardo, Thomas Hobbes e John Stuart Mill.

Seu trabalho foi largamente aceito nos meios jurídico-acadêmicos anglo-saxões, tendo ligação com o realismo jurídico norte-americano de O.W. Holmes.

A fim de especificar o conceito de direito positivo, Austin adota a noção de comando legal com sanção pelo descumprimento associada. Sanção efetivamente aplicada ou como um instrumento de coerção. Tais comandos dependem da atuação ou aprovação de um soberano ou grupo de soberanos, eleito em processo democrático ou não.

Austin sofreu de críticas, todavia, do próprio Hans Kelsen, em um artigo intitulado *A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica* (Harvard Law Review em 1941). Na visão de Kelsen, a preocupação de Austin com a coerção psíquica da conduta humana é um problema sociológico e não normativo. Para Kelsen, o direito consistiria apenas na vinculação entre o ilícito e a sanção, sem questões de ordem sociológica e psicológica que dificultariam o entendimento de como funciona a norma jurídica.

Como outra crítica, Kelsen defende que Austin não explica corretamente o conceito de direito subjetivo, que confere ao titular o poder de exigir (ou não) a conduta objeto do dever.

Duas críticas que demonstram a superação da jurisprudência analítica de Austin que, todavia, não pode ser ignorada, dada a importância na formação de outros pesquisadores como Hart.

Hart foi outro crítico de Austin. Para Hart, Austin apenas citou a ideia de comando atrelada à imposição da força e não a convencimentos implícitos; além disso, Austin não teria considerado normas que estabelecem procedimentos jurídicos, mas apenas deveres.

Contudo, é inegável que a teoria de J. Austin forneceu contribuições relevantes para a compreensão do direito. Ora, a descrição de Austin do direito como comando do soberano fez uma importante ligação entre o Direito e a Política, importante para a formação da teoria do realismo jurídico.

Razão, nesse sentido, de que além da jurisprudência de interesses já tratada, a teoria de Austin da jurisprudência analítica também foi importante para o consequencialismo.

### 3.2.3. A doutrina utilitarista de Jeremy Bentham e sua conexão com o consequencialismo e o realismo jurídico norte-americano de Holmes

O termo utilitarismo possui uma extensa variedade de significados e tem sido empregado para designar vários pensamentos.

O utilitarismo liga o consequencialismo à chamada teoria do valor. Para essa teoria de valor, todas as ações de cada pessoa afetam o seu bem-estar, de modo que as condutas boas ou adequadas seriam todas aquelas que se apresentam como

um meio para a promoção de um único fim de bem-estar ou felicidade. Além disso, por essa cadeia causal, a última ratio seria o bem-estar geral ou coletivo.

Ora, a ligação do utilitarismo ao consequencialismo decorre da conclusão de que as ações são corretas ou incorretas do ponto de vista moral se estiverem voltadas para o bem-estar geral. Cenário criticado por muitos, por desconsiderar se estas ações seriam permitidas ou proibidas do ponto de vista normativo. Ou seja, a adequação das condutas estaria relacionada com a sua utilidade e não correção normativa.

O realismo jurídico norte-americano, por sua vez, levou ao limite a premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. Porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, a reflexão jurídica seria mecanismo para resolução de problemas concretos.

Os realistas abandonaram o direito natural em favor do pragmatismo, da utilidade prática. O realismo jurídico norte-americano, que tem Holmes como seu principal expoente, relaciona-se com o pragmatismo, bem como com alguns núcleos expressivos do pensamento jurídico contemporâneo, a exemplo do movimento *law and economics* (Direito e Economia) e do *critical legal studies* (teoria crítica do Direito):

A expressão 'pragmatismo' não circunscreve apenas uma noção única e específica de pensamento filosófico (...) Em linhas gerais, o pragmatismo buscava uma filosofia sem fundamentos ontológicos a priori, sendo a realidade identificada com o conjunto da expectativa subjetiva. (STRECK, 2017. p. 223)

Os realistas norte-americanos atacaram o formalismo. Porque os fatos e não as normas propriamente ditas que determinariam decisões. Eis que, para os realistas, contra a ideia de subsunção, seria indevida a apropriação que o direito pretenderia fazer da lógica.

Ao se dizer que o realismo lida com os fatos, os realistas afirmaram que o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça, nem se constitui o conjunto das fontes formais do direito.

O realismo jurídico entende, portanto, que a ciência do direito deve se ocupar de duas grandes questões: o que o juiz decide em determinado caso e o que ele irá decidir em uma situação sobre a qual ele ainda não se pronunciou.

Ou seja, os realistas entendem que o direito é fruto de decisões judiciais, e a ciência do direito deve se ocupar em analisar precedentes e prever como certas questões serão decididas. Isso porque o direito é fruto exclusivo da mente de juízes, e por isso é dotado de elevado grau de incerteza:

Seus adeptos são identificados por adotar as seguintes posições: a) mantem sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica; b) afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o Direito; c) o Direito é concebido não como fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais; d) assumem uma atitude científica direcionada à observação dos fatos sociais; e) em sua concepção, o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto da análise pela Ciência do Direito; f) criticam os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que profecias. (STRECK, 2017. p. 245)

Se, por um lado, o realismo jurídico rejeita a definição de direito pela norma jurídica (positivismo jurídico), também a rejeita pela moral. Com efeito, o realismo jurídico não nega que decisões judiciais podem possuir uma carga de idealismo e moral por parte dos juízes; porém, esta corrente entende que a justiça e a moral não são fatores determinantes da definição do direito.

Enfim, para o realismo o fato de determinada decisão estar carregada ou não de elementos morais é indiferente.

#### 3.2.4. A influência dessas linhas de pensamento na doutrina brasileira

Das linhas doutrinárias abordadas, verifica-se que é crescente principalmente a influência do realismo jurídico na doutrina brasileira. Movimento que contribui para o consequencialismo no direito brasileiro.

Principalmente, na esteira dos debates entorno do chamado ativismo judicial, muitos autores brasileiros que criticam o movimento optaram pela adoção da linha de pensamento do realismo jurídico.

Para estes, o realismo poderia auxiliar no preenchimento de lacunas legislativas, até mesmo pela expansão dos chamados enunciados vinculativos e incidentes de julgamento repetitivos na nova dinâmica de precedentes do direito brasileiro (VILLAR, 2015; CASTRO, 2012).

Logicamente, esse processo de avanço do consequencialismo no Brasil ocorre algumas décadas após os Estados Unidos, com vasta influência da Análise Econômica do Direito:

Embora o discurso econômico do Direito haja principiado, nos moldes propostos pela AED, no crepúsculo da década de 1950 e aurora dos anos 1960, nos EUA, notadamente com Ronald Coase e Guido Calabresi, e logo em seguida (década de 1970) servido de supedâneo para Richard Posner desenvolver teoria autônoma sobre o fenômeno – a *LaE* –, no Brasil a aplicação da Ciência Econômica – em especial a Teoria Microeconômica – ao Direito chegou após cerca de três décadas de seu nascedouro, portanto, já com certa maturidade, até porque nesse hiato houve a assunção do destaque do eficientismo com pretensões totalizantes, até sua atenuação, com a adesão de Posner ao pragmatismo jurídico, após o crivo crítico de Dworkin. (SILVA, 2017, p. 178)

Ou seja, grande parte da doutrina brasileira procura desconstruir teorias consolidadas de Kelsen e Savigny – da teoria pura do direito e dos métodos hermenêuticos clássicos –, para se falar dos nomes mais evidentes.

Nesse processo, como posto, ocorreu uma aproximação da doutrina brasileira com pensadores realistas e consequencialistas.

### 3.3. DO PONTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado em vários casos uma postura consequencialista. Fato elogiável principalmente para os defensores da análise econômica do direito:

Atualmente, observa-se um aumento significativo da relevância dos fundamentos extrajurídicos na argumentação judicial, em especial econômicos. (...) Para superar essa barreira e incorporar argumentos econômicos (geralmente restritos em perícias etc) nas decisões judiciais, tem-se um conjunto de desafios a serem vencidos, em especial, a incorporação dos argumentos econômicos sem que se perca o papel de controle das decisões judiciais exercido pelo processo de justificação. Bem como o uso de um raciocínio consequencialista sem que se permita que o julgador possa desvincular-se da norma (RIBEIRO; DOMINGUES; KLEIN, 2016, p. 141)

O consequencialismo, portanto, está presente em decisões do Supremo Tribunal Federal em diversas áreas (FERNANDES, 2013), como casos que lidam com saúde e tributos.

Esse movimento estaria ligado à necessidade de se adequar de forma mais eficiente a lei no caso concreto (GARCIA NETO,

2008). Todavia, evidente que o juiz não pode ofender a separação de poderes, a ponto de se colocar como legislador (BARROSO, 2007).

Para alguns, ainda, a influência do realismo jurídico no Brasil ocorreu em um movimento liberalizante em que as leis são “flexibilizadas” como forma de valorização da Constituição (BARROSO, 2007). Posição, todavia, que também é vista com certa cautela por outra parte da jurisprudência, com um risco de se restringir decisões judiciais a questões de foro íntimo dos magistrados (OLIVEIRA, 2012), e com o risco de se ofender a tripartição de poderes (FIGUEIREDO, 2019).

Outro fato que demonstraria a influência do realismo jurídico na jurisprudência brasileira seria o avanço de uma cultura de precedentes, na vinculação dos magistrados a decisões antigas em casos análogos (OLIVEIRA, 2012).

Por outro lado, como contraponto, alguns defendem que o Supremo Tribunal Federal apenas utiliza argumentos consequencialistas de maneira especulativa, sem expressar respeito aos precedentes, nem também coerência argumentativa (CARVALHO, 2007). Ponto em que o consequencialismo poderia expressar a ideia decisionista.

Sobre a utilização do consequencialismo na jurisprudência brasileira, ainda, vale menção às próprias palavras de Posner, que esse processo decorreu de uma evolução dos constitucionalistas brasileiros, contrários ao tradicional positivismo:

O Brasil, à semelhança de outros países cujo sistema jurídico é derivado da *civil law* da Europa continental, tradicionalmente adotou a concepção rigorosamente positivista do papel do judiciário. O direito é feito (positivado) pelo poder legislativo; os juízes se limitam a identificar e aplicar as normas legisladas. Nos últimos anos, porém, seguindo a tendência dos tribunais constitucionais da Europa Ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas brasileiros começaram a adotar uma concepção não positivista da interpretação constitucional, orientando-se por teorias constitucionais como as da ponderação de valores ou interesses, da proporcionalidade e do direito como moral (direito natural). Além disso, cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos legislativos, o que permite e até mesmo impõe o exercício da discricionariedade judicial (POSNER, 2010. p, XI)

Do ponto de vista histórico, ainda, pode-se citar a influência do Ministro Nelson Jobim nessa jurisprudência consequencialista do Supremo Tribunal Federal:

Tal momento, não por acaso, converge com a passagem do homem político Nelson Jobim pela Corte. A tendência politicamente orientada no discurso dos Ministros e, de modo geral, na colocação da Corte diante dos demais

ramos políticos e da sociedade civil parece ser herança deixada pelo então Ministro Nelson Jobim. Parece que a chamada “responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões” foi definitivamente introjetada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da saída do Ministro Jobim. Ele atribui à consequência o peso do critério determinante nas hipóteses em que há um leque de interpretações justificáveis e logicamente possíveis. (ANDRADE, 2010, p.1-2)

#### **4. SERIA DEVIDA A HERMENÊUTICA CONSEQUENCIALISTA?**

Após trabalhar a hermenêutica consequencialista do ponto de vista conceitual e da sua origem, e após trabalhar a inserção dessa teoria no direito brasileiro, importante se questionar o acerto ou não dessa visão nas leis, doutrina e decisões tupiniquins.

Importante nesse ponto o enfoque dos estudos de Hans-Georg Gadamer, já que “na origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método” (GADAMER, 2003, p. 29). Eis alguns pontos de sua obra:

(a) a crítica quanto à crença na possibilidade de se alcançar a verdade nas ciências do espírito através da utilização de um método; (b) a revisão da idéia do distanciamento do intérprete em relação ao objeto interpretado, com o reconhecimento de que é no intérprete, com sua tradição e pré-conceitos, que se realiza o processo interpretativo; e (c) a inclusão da aplicação no âmbito do processo hermenêutico, a qual abala os alicerces do entendimento, difundido na seara jurídica, de que a aplicação seria um momento pós-interpretativo, em que o intérprete, estranho ao texto legal e aos fatos sob exame, aplica a estes o resultado da interpretação do texto, resolvendo uma controvérsia jurídica.

Pode-se concluir, portanto, que a correção das ciências humanas não pode ser objetivamente alcançada pela aplicação de métodos, o que implica em uma revisão da própria noção de hermenêutica jurídica (STRECK, 2005). Enfim, hermenêutica não é método, é filosofia (STRECK, 2005).

Evidente, nesse contexto, que aplicar o consequencialismo nos *easy cases* não é devido. Por outro lado, evidente que a sua aplicação nos *hard cases* é desejável, e já vem sendo observado:

É possível identificar em algumas decisões do STF uma certa ética utilitarista, assim compreendida, uma parte da ética que aprova determinada ação de acordo com suas consequências. Para o consequencialismo, não importa a ação em si. A justiça da decisão de agir é medida pelas consequências. No plano social, o utilitarismo é regido pela máxima de Bentham segundo a qual se deve buscar a maior felicidade para



o maior número. A ação social justa é aquela que trará como consequência a maximização da média de satisfação (ou felicidade, ou utilidade) quanto aos seus resultados. (VAZ, 2011, p, 20)

Contudo, admitir a reflexão dos juízes sobre consequências metajurídicas de suas decisões, quanto ao impacto social e econômico, não parece ser algo tão simples de se valorar positivamente. Muitos são os defensores do automatismo, na ideia de que o juiz deve respeito total à legislação sem se preocupar com questões externas ao processo, que seriam da obrigação do legislador.

Richard Posner, no prefácio da edição do seu livro a economia da justiça, todavia, defende com propriedade o consequentialismo e a análise econômica do direito:

Para concluir, devo fazer duas considerações relacionadas com a aceitação da abordagem econômica pela comunidade jurídica brasileira. A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de civil law, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional e, portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção do direito que o entenda como fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição da civil law. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito. (POSNER. 2010, p, XVII)

Interessante que a aplicação do consequentialismo pode diminuir a incerteza das decisões judiciais, reduzindo-se a margem de incerteza, com a estabilização dos riscos judiciais e aumento da previsibilidade.

Em sentido oposto, criticando o consequentialismo como indevido:

Há uma série de objeções levantadas contra o uso jurídico do argumento consequentialista: (a) preocupações de se manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, searas em que a análise das consequências constitui trânsito diário; (b) cuidado para não se “abrir a Caixa de Pandora” do argumento, de tal forma que, pelo abuso, todo e qualquer tipo de proposição jurídica contra a lei encontrasse alguma fundamentação genérica; (c) receio de que o raciocínio utilitarista, tão próprio ao consequentialismo, terminasse por negar, no limite, a dignidade de certas condutas humanas – que não possuem valor ou produzem resultado prático, e nisso reside seu maior valor.

É possível rebater cada uma das críticas, desde que se esteja falando de uso moderado e controlado do argumento pragmático-consequentialista: (a) quanto à autonomia do Direito, é importante que a argumentação jurídica que pretenda se utilizar de argumentos consequentialistas se refira a princípios jurídicos que a eles encaminhem o operador do Direito – como, por exemplo, o “princípio da realidade” do contrato administrativo ou o

“princípio da praticabilidade” das decisões judiciais; (b) quanto ao abuso do argumento, é só utilizá-lo com parcimônia, lembrando-se dos riscos; o que costuma acontecer, e, verdade, o que deve ser evitado, é o uso disfarçado do consequencialismo, camuflado entre artigos, precedentes e citações doutrinárias; (c) quanto à terceira objeção, nem todo consequencialismo é utilitarista: é possível avaliar as consequências jurídicas de uma decisão – operando, portanto, análise consequencialista – à luz, por exemplo, da manutenção ou da alteração do sistema de princípios incorporado pela Constituição”. (ARAGÃO, 2009, p. 29)

### Certas críticas, inclusive, são realizadas por Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal como Marco Aurélio Mello:

A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. O Supremo tornou esse enfoque claro ao apreciar casos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Faço referência a decisões que resultaram no deferimento de coquetéis para tratamento da Aids, direito à matrícula em creche, direito a tratamentos médicos e internação hospitalar – vejam, por exemplo, os acórdãos relativos ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ao Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello, ao Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Invariavelmente, este Tribunal tem assentado a plena eficácia da Carta, colocando em segundo plano considerações pragmáticas. O Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada. (RE 565.089 )

Interessante a este ponto reconhecer que o consequencialismo é utilizado muito mais como técnica para justificar a improcedência de pedidos do que para concessão deles.

Emerge, nesse contexto, o debate de que o consequencialismo se assimila àquilo que se afirma ser as decisões políticas das cortes. Decisões políticas defendidas por poucos e criticadas pela grande maioria. Barroso aborda a questão do direito e política da seguinte forma:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é

fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. *Direito não é política*. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. (BARROSO, 2007, p, 13)

Contudo, parece importante diferenciar decisões políticas, em que se interpreta por valores e ideologias, de interpretações consequencialistas, que apresentam um arcabouço teórico como visto nos capítulos dois e três. O consequencialismo, pois, reduz a insegurança jurídica posta nas interpretações recheadas de valores abstratos e indeterminados.

A respeito da temática assim se manifesta o Streck (2017):

Um juiz pode deixar de aplicar uma lei (uma regra jurídica), mas só em seis hipóteses: a) quando se tratar de inconstitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como normas (deontológicos), aplicáveis no código lícito-ilícito.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado, a hermenêutica consequencialista é um método de interpretação focado nas consequências sociais e econômicas das decisões judiciais.

Este método decorre de uma reação ao positivismo, como a jurisprudência de conceitos, com raízes bem claras no realismo jurídico norte-americano e no utilitarismo de Jeremy Bentham.

Esse método prega uma superação da pura subsunção, da interpretação fechada da lei, como reação ao excessivo caráter abstrato e indeterminado da legislação. Mas, da mesma forma, não deixa de se enquadrar no conceito de moldura hermenêutica tradicional de Hans Kelsen.

No Brasil, como visto, fica evidente a adoção desse raciocínio consequencialista no artigo 20 da LINDB e na modulação dos efeitos temporais das decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Da mesma forma, do ponto de vista doutrinário, vários autores brasileiros se filiam ao consequencialismo, notadamente no seu braço designado de Análise Econômica do Direito. E, por fim, apesar de algumas críticas, o Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado favorável a decisões de cunho consequencialista.

Esse consequencialismo denota um embate claro contra o chamado movimento neoconstitucionalista e o chamado ativismo judicial, que reconhece a força normativa dos princípios e do caráter axiológico do ordenamento entorno da dignidade da pessoa humana. Ora, o consequencialismo busca a resolução dos problemas de maneira útil ou instrumental.

Valorar como devido ou indevido esse consequencialismo do ponto de vista objetivo, todavia, parece uma tarefa mais complicada. Contudo, reconhecer diversas contribuições importantes desse movimento é uma questão de justiça, pelo constrangimento epistemológico ao positivismo e ao neoconstitucionalismo, amadurecendo o comportamento dos tribunais brasileiros.

## REFERÊNCIA

ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 172, p. 34-43, jan. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. IN: Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Casa Civil/ANVISA, 2009, p. 29-52.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. Mestrado em Direito USP, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, A. A. **Hermenêutica Jurídica**. Arcos, 2011. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-v-neopositivismo-juridico/3-o-realismo-juridico>>. Acesso em: 24 de maio 2020.

D'MACEDO, J.M. Pragmatismo jurídico no supremo tribunal federal. **Revista de Direito e Humanidade**. N. 25, 2013. Disponível em: <[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/2362/1558](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558)>. Acesso em: 25 Maio 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: M. Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo** n. 243. Rio de Janeiro, Atlas, 2006.

FERNANDES, Manuela Braga. **O Realismo Jurídico como Meio de Garantia da Justiça Ambiental**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito –PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/42398>>. Acesso em 20 maio 2020.

FERREIRA, D. B. **Realismo Jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, 2012.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. **Ecos do realismo no Supremo Tribunal Federal?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6934](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934)>. Acesso em 20 Maio 2020.

FONTES, A. **Aspectos do Realismo Jurídico**. Justiça & Cidadania, 2009. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/aspectos-do-realismo-juridico/>>. Acesso em: 21 maio 2020.

GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e Método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In. TIMM, Luciano. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria do direito**. 6ª. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1988.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University

Press Scholarship Online, 2012.

\_\_\_\_\_. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 55-95, out./dez. 2005.

MAIA, Mayssa Marla. **Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito**. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2016.

MENDES, Paulo Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. [2008, Belo Horizonte]. Disponível em: < [http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo\\_judicial.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo_judicial.pdf) > Acesso em 20 Maio 2020

POSNER, Richard. **A abordagem econômica do Direito**. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas filosóficas e econômicas**: para Além do Direito. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009

NUNES, Tatiana Couto. **A sinérgica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais**: a Eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF. Brasília: IDP, 2012.

RIEFFEL, Luiz. **O mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner**. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006.

SCHUARTZ, L. F.; FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda; ARGUELHES, D. W. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**. n. 243. Rio de Janeiro, Atlas, 2006.

SILVA, Diego Saboia e. **A dicotomia doutrinária entre richard posner e ronald dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica (em) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica**. In: Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUMMERS, Robert. **Essay in Legal Theory**. Dordrecht: Kuller Academic, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo, **O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do STF**. IN: DERZI, Misabel Abreu Machado (coord). Separação de Poderes e efetividade do Sistema Tributário. Belo Horizonte, 2010.

VENTURI, Thais. **A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 7. p, 4353-4375

VILLAR, Alice Saldanha. **A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro**. Abril 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454/a-influencia-do-sistema-do-common-law-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 25 de Maio 2020.

# **[ CAPÍTULO 4 ]**

## **UM POUCO DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE NAS RELAÇÕES DE COMPRA E VENDA DE BENS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Eduardo HOFFMANN<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG. Advogado no Paraná. Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito da FAG denominado de “Jurisdição, Mercados e Fronteiras”. Professor Líder da Linha de Pesquisa: O Direito Civil no banco da Integridade e Coerência.



## **1 INTRODUÇÃO**

A coerência nas decisões contribui para a integridade do direito, o que confere segurança às relações jurídicas, disto não há qualquer margem de dúvida.

Neste ensaio, se procura demonstrar a inexistência de qualquer coerência nas decisões do STJ, quando o assunto é a anulabilidade de compra e venda de ascendente para descendente sem o consentimento do cônjuge e dos demais descendentes, à luz dos casos lá decididos, bem ainda, da integridade e segurança do direito.

Neste momento, o que se nota são, uma vez mais, decisões desconexas no que toca aos seus fundamentos, além de uma completa falta de sintonia entre as turmas do próprio Superior Tribunal de Justiça, em alguns aspectos, o que torna completamente imprevisível a solução a ser dada ao caso concreto.

A proposta deste artigo é mostrar estas situações e, por óbvio propor que a partir disto, se faça uma discussão pautada na integridade do direito e coerência das decisões, de modo que se possa afastar qualquer espécie de insegurança jurídica.

## **2 DA ANULABILIDADE DA VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE SEM O CONSENTIMENTO DE CÔNJUGE E DEMAIS DESCENDENTES**

Inicialmente, é preciso destacar que, evidentemente, se trata de caso de *anulabilidade* e não de *nulidade*. A ocorrência de suposta venda de bens imóveis de ascendente à descendente sem o consentimento dos demais descendentes possui um caráter constitutivo negativo, e não condenatório.

Deste modo, em face da adoção pelo Código Civil de 2002 – CC/02, dos critérios científicos de Agnelo de Amorim Filho (1997, p. 779/814), na hipótese em questão, o prazo é decadencial, e não prescricional, que é comum às ações condenatórias, as quais se encontram neste momento, arroladas nos arts. 205 e 206, ambos do CC/02.

No que toca ao prazo, depois de muita discussão existente no Código Civil de 1916 – CC/16, o qual pregava se tratar de

ato nulo, não se sabendo precisar se se tratava de nulidade absoluta ou relativa, o Código Civil de 2002, pôs fim a esta celeuma e sedimentou tratar-se de ato anulável, o que na nomenclatura do Código anterior seria considerado como uma nulidade relativa<sup>8</sup>.

Atualmente, o assunto é tratado no artigo 496 do CC/02, nestes exatos termos, de que é “anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. No parágrafo único, excepciona-se que em “ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória”.

Evidentemente que se trata de um ato anulável, pois que, se trata de situação exclusiva do interesse patrimonial da família; seria excessivo a imposição de nulidade, como o foi no CC/16.

A partir desta orientação, são evidentes as consequências da modificação do entendimento. Em comparação ao negócio nulo, as consequências mais evidentes que se tem: *i.* ratificação do ato, na forma do art. 176 do CC/02; *ii.* Prazo decadencial de 02, na forma do art. 179 do CC/02; *iii.* declaração da anulação depende de iniciativa da parte, conforme art. 168 do CC/02, e; *iv.* efeito *ex tunc* da sentença, conforme art. 182 do CC/02 (PELUSO, 2007, p. 389).

No que toca ao prazo, o CC/02 andou bem ao adotar o prazo prescricional como aquele que fulmina a ação em vista de uma pretensão (CC/02, arts. 205 e 206), ao cabo que a decadência está ligada ao exercício do direito.

Neste sentido, é o exemplo do artigo 178 do CC/02, que fixa o prazo de quatro anos de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: “I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou

---

<sup>8</sup> A este respeito comenta Ricardo Fiuzza: “A referência à anulabilidade da venda faz cessar antigo dissídio jurisprudencial a respeito: Pela Súmula 494 do STF, de 03-10-1969, com origem no RE 59.417, fixou-se o entendimento da nulidade pleno jure, como decidido, ainda, pelo STJ no REsp 10.038-MS, de 21-5-1991, por fraude à lei, diante da literalidade do texto do art. 1.132 do CC de 1916, e, mais adiante, não admitida pelo REsp 977-0-PB (DJ de 27-3-1995), com brilhante voto do Min. Relator (para o acórdão) Sálvio de Figueiredo Teixeira: “(...) Sem embargo das respeitabilíssimas opiniões em contrário, na exegese do art. 1.132 do Código Civil tem-se por anulável o ato da venda de bem a descendente sem o consentimento dos demais, uma vez: a) que a declaração de invalidade depende da iniciativa dos interessados; b) porque viável a sua confirmação; porque não se invalidará o ato se provado que justo e real o preço pelo descendente.” (FIUZA, Ricardo, 2002. p. 439/440).

o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

No pertinente à venda de ascendente para descendente, não fixou o CC/02 qualquer prazo decadencial, basta conferir toda a Seção I (Disposições Gerais), do Capítulo I (Da compra e venda), do Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), do Livro I (Do Direito das Obrigações), da Parte Especial do Código. Não há qualquer menção quanto à eventual prazo.

À vista disto, foi feliz o legislador na elaboração do artigo 179; que nada mais é do que um prazo subsidiário e residual à várias condutas que não tiveram prazo decadencial fixado. De se ver: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”.

Deste modo, em não havendo qualquer prazo específico decadencial que trate da situação em apreço - *como no caso da venda de ascendente para descendente* -, é que se aplica o prazo decadencial de dois anos.

Aliás, a doutrina de forma majoritária adota este entendimento. Assim é James Eduardo Oliveira (2009. p. 164):

**Norma de caráter residual:** O art. 179 do Código Civil tem caráter residual e aplica-se apenas às hipóteses de ações anulatórias, de natureza constitutiva, cujo prazo decadencial não seja regulado especificamente em lei.

**Anulação de venda de ascendente a descendente:** Na hipótese, por exemplo, de anulação da venda de ascendente a descendente, realizada sem o consentimento dos demais herdeiros necessários, a lei cuida, apenas, de prever a anulabilidade do negócio sem estabelecer prazo para sua invalidação (art. 496 do CC/02; art. 1.132 do CC/16). Nesse caso, o prazo será de dois anos, aplicando-se o referido art. 179 (PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, Novo Curso de Direito Civil, 2ª ed., Saraiva, vol. I, p. 407).

Theotonio Negrão (2009. p. 99):

Em consequência, é de dois anos o prazo para pleitear-se a anulação de venda (art. 496-‘caput’) ou troca (art. 553-II) entre ascendentes e descendentes. Outros casos: art. 117 (negócio jurídico celebrado por representante consigo mesmo); art. 1.550-V (casamento realizado por mandatário, sem ciência da revogação do mandato) e VI (casamento celebrado por autoridade incompetente).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006. p. 286):

**2. Decadência. Regra subsidiária. Anulabilidade.** Quando a lei impuser a anulabilidade a determinado ato, mas não precisar qual o prazo em que a ação anulatória deve ser ajuizada o prazo de decadência para o exercício dessa pretensão anulatória é de dois anos, conforme regra subsidiária prevista na norma sob comentário. (...) **6. Exemplos:** a) ação anulatória de venda de ascendente a descendente (CC 496 caput); b) ação anulatória de contrato consigo mesmo celebrado sem autorização legal ou contratual.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2003. p. 88/89):

**7. Prazo preclusivo ou decadencial:**

O prazo para os interessados pleitearem judicialmente a anulação do contrato é preclusivo (decadencial) e não de prescrição. O artigo sob comento encerrou a controvérsia que havia acerca do equivalente art. 1.132, em virtude de não explicitar se a falta de consentimento gerava anulabilidade ou nulidade. Sendo nula, seria imprescritível. Esta era a orientação majoritária da doutrina brasileira, como se lê nesta incisiva afirmação de Pontes de Miranda: “A compra e venda ou a troca é nula, e não, anulável, como erradamente escrevem alguns comentadores”. Sendo anulável, o prazo prescritível era de quatro anos (art. 178, § 9º, do Código Civil de 1916).

O Código Civil de 2002 explicita que a hipótese é de anulabilidade, sem indicar o prazo. Na sistemática que o Código adotou, são decadenciais os prazos referidos a qualquer fato, para exercício de direito, que não estejam explicitamente referidos entre os prazos prescricionais, e bem assim os relativos à anulação de negócio jurídico (art. 178). Ainda que o artigo ora comentado não tenha aludido a prazo determinado, aplica-se a regra geral do art. 179 do Código, que resolve o problema: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”. Portanto, é de dois anos o prazo de decadência para que o descendente ou o cônjuge do vendedor possa pleitear a anulação do contrato de compra e venda.

Álvaro Villaça de Azevedo (2005. p. 183):

(...) Esse prazo, portanto, que era de quatro anos, pois se cuidava, na espécie, de vício da vontade, atualmente é de dois anos, em face do art. 179 do novo Código Civil, que estabelece esse prazo decadencial, quando a lei não estabelecer outro, como é o caso do art. 496. (...).

Humberto Theodoro Júnior (2003. p. 589/599):

O art. 178 fixa em quatro anos o prazo decadencial de anulação do negócio jurídico com fundamento nos defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação, etc.). Há, porém, um grande número de outras causas de anulabilidade previstas no Código e em leis extravagantes, algumas com determinação de prazo para arguição, e outras silentes a respeito dessa matéria. Naturalmente, quando a regra instituidora da anulabilidade cuida de explicitar o tempo útil para exercício da ação respectiva, é a regra específica que irá prevalecer e não as previsões genéricas dos arts. 178 e 179. Assim a anulação da partilha pelos defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos (erro, dolo, coação), extingue-se no prazo especial de um ano (art.

2.027, parág. único) e não no prazo comum de quatro anos (art. 178); a anulação do casamento do menor sem autorização do representante legal extingue-se em 180 dias (art. 1.555); a ação do vizinho para exigir o desfazimento de janela aberta a menos de metro e meio da divisa extingue-se em um ano (art. 1.302), etc. Para averiguar qual o prazo decadencial de uma ação anulatória deve-se recorrer, primeiro, à norma que cria o direito potestativo que a autoriza, pois o critério observado pelo Código é o de estipular caso a caso, os prazos das ações da espécie. Quando, pois, se der a falta de previsão legal individualizada, o art. 179 suprirá a omissão, estatuinto um prazo decadencial supletivo. Esse prazo, que é de dois anos, será aplicado a todas as situações configuradoras de ato anulável a respeito das quais não se tenha legislado quanto ao tempo de exercício da ação de invalidação. Um exemplo de ação anulatória sujeita à decadência bienal por força da regra do art. 179, é aquela em que se ataca a venda feita pelo ascendente a um dos seus descendentes sem a anuência dos demais, cuja anulabilidade foi prevista sem explicitação de prazo pelo art. 496.

Maria Helena Diniz (2004, p. 175):

O prazo decadencial para propor essa ação está previsto no Código Civil, art. 179, mas pela Súmula 494 do STF, “a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato” (RT 522:105, 513:107, 470:94, 502:66, 443:320). Deve esta última ser afastada, por sua incompatibilidade com o novo Código, que reduz todos os prazos, inclusive os prescricionais.

Carlos Roberto Gonçalves (2004. p. 215):

Ainda que somente um dos interessados tenha tomado a iniciativa da ação, a anulabilidade do contrato o invalida por inteiro e não apenas em face do seu autor. Não tendo o novo Código Civil indicado o prazo para que a demanda seja proposta, aplica-se a regra geral do art. 179, segundo a qual ‘quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será de dois anos, a contar da data da conclusão do ato. Esse prazo é decadencial, por não estar elencado expressamente entre os prazos prescricionais (CC, art. 189) e por ser dessa natureza os relativos à anulação de negócio jurídico. Dessa forma, se a decadência se consumir em virtude do ingresso em juízo do interessado após o prazo de dois anos contado da data do conhecimento da conclusão do contrato, deve o juiz reconhecê-la de ofício, como prescreve o art. 210 do aludido diploma.

Nelson Rosenvald (2007. p. 389):

Em comparação ao negócio nulo, as consequências mais evidentes do novo regime de anulabilidade seriam as seguintes: a) possibilidade de ratificação do ato pelos familiares, por posterior assentimento (art. 176 do CC); b) imposição de prazo decadencial de dois anos para o exercício do direito potestativo de desconstituição do negócio jurídico de compra e venda, a contar da data do contrato (art. 179 do CC). Essa nova previsão legal retirou, inclusive, a eficácia da Súmula n. 494 do STF; c) impossibilidade de constatação do vício pelo juiz ou Ministério Público de ofício, havendo necessidade de ajuizamento de ação própria pelos interessados (demais descendentes e cônjuge) para a anulação do contrato (art. 168 do CC); e d) a sentença produzirá efeitos ex tunc, desconstituindo-se retroativamente todos os efeitos transitórios até então produzidos (art. 182 do CC).

Inclusive, restou assentado na IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, coordenado pelo Ministro Rui Rosado de Aguiar, no Enunciado 368 que “o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil)”.

Até este ponto, em que se observa, estritamente ao fixado na norma, não há grandes problemas jurídicos; no entanto, é a partir do momento em que se questiona, acerca do início do prazo decadencial, que as decisões do STJ acabam por afugentar a coerência do sistema jurídico, neste aspecto. No entanto, antes da demonstração de tais decisões, considerações a respeito de integridade do sistema e coerência das decisões merecem ser tecidas.

### **3 DA NECESSÁRIA INTEGRIDADE E COERÊNCIA AO SISTEMA JURÍDICO**

Deve-se uniformizar a jurisprudência de forma íntegra e coerente, conforme assentou o art. 926 do *CPC/15*; é claro que, tal dispositivo despertou a atenção dos julgadores, pois que, na prática, na forma do § 1º do art. 489 do mesmo *códex*, a decisão será considerada como não fundamentada.

No entanto, dita previsão legal, efetivamente afastou-nos dos julgamentos, até então baseados no ‘livre convencimento’ ou ‘apreciação livre da prova’?

Grande foi o trabalho para a retirada do ‘livre convencimento’ do *CPC/15*; com isto foram extraídas as expressões ... “juiz apreciará livremente a prova” ... do proposto art. 378; bem assim, no então apresentado art. 401 foi retirada a expressão ... “será livremente apreciada pelo juiz”. E, no art. 490 lia-se ... “cabendo ao juiz apreciar livremente o valor” ... todas estas expressões foram sacadas da lei, quando do processo legislativo (STRECK, 2020).

Acerca deste dispositivo – art. 926 do *CPC/15* – cumpre recordar que em 12.09.2013, Lenio Streck (2020), em sua coluna no *Conjur*, no legítimo exercício da doutrina de causar constrangimento, alertou estar passando batido que o novo *CPC* estava cheio de problemas, “repleto de equívocos, é o retrato daquilo que se pode chamar de ‘baixo apego dos juristas à Teoria do Direito’”. Especificamente ao tratado neste

artigo, chamou atenção ao fato de se estar construindo um capítulo designado como ‘Do Precedente Judicial’, de modo que os “tribunais ‘devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável’”. Neste momento, apontou estar aí o *busílis* da importação que estava a ser realizada, posto que, “estabilidade é diferente da integridade e da coerência do direito”, pois que, estabilidade é conceito autorreferente, isto é, “guarda relação direta com os julgados anteriores”.

Como se vê, o CPC/15 caminhava, naquele momento, a passos largos para ser aprovado nestes moldes, em verdadeira revogação da legalidade, insculpida no inc. II do art. 5º da CF/88, como cláusula pétrea via lei ordinária, posto que, “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”, visto que o texto determina que os juízes julguem não mais com base na normatividade, mas, sim, “de acordo com as decisões dos tribunais”.

Ao que se viu, os membros do Congresso Nacional, após o constrangimento deram ouvidos à proposta; eis que no dia 21.10.2013, Lenio Streck, em uma verdadeira reviravolta, infirmou: “Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!” (STRECK, 2020). Neste novo artigo, em agradecimento ao relator do Projeto na Câmara Federal, deputado Paulo Teixeira e aos colegas Fredie Didier e Dierle Nunes, pelo acatamento das sugestões em especial, pela crítica à obrigação dos tribunais manterem a estabilidade da jurisprudência; afirmou que como dito a “estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito”. Afirmou ainda que a “inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento de uma sugestão de caráter dworkiniano, e que isso poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade”.

E assim, foi mediante o constrangimento da doutrina, que o Congresso Nacional se atentou para a necessidade de adequação do texto apresentado pela comissão que elaborou o CPC/15.

Afirmou, em momento posterior, que antes de sua emenda, “o projeto continha a obrigação de os tribunais manterem apenas a ‘estabilidade’ da jurisprudência (artigo 882, do PLS 166/2010). Dizia eu: ‘- Não basta a estabilidade. Precisamos mais’. E propus a emenda”. (STRECK, 2020)

Bem caminhou em sugerir a emenda, pois que, o art. 882, até então consignava que “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte...” Não bastasse a ausência completa da coerência e da integridade, o dispositivo ainda fixava que *em princípio, velarão*, isto é, discricionariedade judicial ainda prevaleceria.

Foi necessária a demonstração de que, em que pese conexos, estabilidade, coerência e integridade, cada um possui um claro papel; não basta, para todos os efeitos, os novos julgamentos levarem em consideração os julgamentos anteriores, se faz necessário a garantia de igualdade, através da coerência, de molde em que casos semelhantes, “os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores”, devem ser aplicados aos idênticos; só assim, “estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”.

Após tal inserção, houve a irradiação aos demais campos do direito; de se ver que no processo penal, com a Lei nº 13.964, de 2019 - *vulgo Pacote Anticrime* - foi inserido no inc. V do art. 564, que ocorrerá nulidade, “em decorrência de decisão carente de fundamentação”.

Até mesmo a administração pública passou a ter de observar a integridade e coerência; de se ver que por força da Lei nº 13.655, de 2018, uma série de dispositivos foram inseridos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dentre eles, o art. 20 que fixou a obrigação de que nas “esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Em sua regulamentação, o Decreto nº 9.830, de 10.06.2019, fixou no art. 2º que a “decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos”, isto é, a “decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa, conforme § 1º e, a motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram”, na forma do § 2º; implica reconhecer que no âmbito da administração pública, há a necessidade de fundamentação, com coerência nas normas, interpretação jurídica, jurisprudência e na doutrina. Andou um pouco mais, o



disposto art. 5º de referido Decreto ao estabelecer que a “decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época”. De modo que, instituiu em seu § 1º a vedação da declaração de invalidade de “situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral”. De qualquer modo, esta decisão, será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º, conforme § 4º.

Por fim, para bem salientar da necessária observância de segurança jurídica, no âmbito da administração pública, o corpo normativo, fixa no Capítulo V, que o intitula de ‘Da Segurança Jurídica na Aplicação das Normas’, a partir do art. 19 que as “autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas”.

Em breve resumo, não é mais dado, aliás, se é que, em algum momento, lhe foi concedido, - *ao administrador público* - decidir da maneira como bem entender, posto que, na gestão de bens e valores alheios é de se observar rigorosamente os ditames da norma; portanto, além da observação da norma, sua postura deve ser de acordo com a norma, conferindo previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos.

Há, portanto, a clareza de que a tônica das decisões - *judiciais e administrativas* - devem guardar coerência com as demais, de molde a tornar íntegro o sistema jurídico e conferir segurança jurídica e previsibilidade aos cidadãos. O fato é que, *a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes.*

Cumpr sempre anotar que a integridade possui caráter dúplice; eis que ao mesmo tempo, é, “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido”, mas também, é uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas exigindo “que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”. Além de limitar “a ação dos juízes, a integridade é uma forma de virtude política; rechaça a tentação da arbitrariedade”. (STRECK, 2020).

Num Estado utópico, “a integridade não seria necessária como uma virtude política distinta pois a coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial” (DWORKIN, 2014. Pág. 214). *A integridade é o nosso Netuno.* Dworkin (2014. Pág. 222) explica que os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobrir sua existência; isso porque, a órbita dos outros planetas só era justificável diante da existência de um outro planeta para além daqueles. Do mesmo modo, como os nossos instintos sugerem há “outro ideal político ao lado da justiça e da equidade”, qual seja, a integridade.

Atualmente, o Estado “carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. No entanto, um Estado que age desse modo quando aceita a solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado”. (DWORKIN, 2014. Pág. 223)

Ao discutir a integridade e a constituição, Dworkin (2014, p. 223) principia em afirmar que as leis conciliatórias “são as mais clamorosas violações do ideal de integridade”. Menciona que a própria Constituição dos Estados Unidos continha exemplos odiosos; no entanto, o que escarnece a integridade, é o estabelecimento e a aplicação de diferentes direitos por uma comunidade, “cada um coerente em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal”. Inclusive salienta da impossibilidade de se “reunir todas as regras da legislação do direito consuetudinário que nossos juízes aplicam sob um sistema de princípios único e coerente, aceitando a integridade como um ideal político” (2014, p. 224) ou “virtude política” (2014, p. 226).

Há de se reconhecer que a integridade “protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial”; uma “sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma”, numa “forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força”, uma vez que, há mais “espaço para o favoritismo ou o revanchismo em um sistema que permite que os fabricantes de automóveis e de máquinas de lavar sejam governados por princípios de

responsabilidade diferentes e contraditórios” (DWORKIN, 2014. Pág. 228/229) E, então, arremata:

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.

É certo que, a integridade “expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade”, vez que passa a exigir destes que tratem as relações entre si como se “estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas”. Ora, se “as pessoas entendessem a legislação formal apenas como uma questão de soluções negociadas para problemas específicos”, sem qualquer “concepção pública mais fundamental de justiça”, estar-se-ia a estabelecer “dois tipos de embate com seus concidadãos: os que pertencem à esfera de alguma decisão política do passado e os que lhe são extrínsecos”.

Assim, tem-se que a integridade, “pelo contrário, insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas”. Dworkin (2014, p. 230/231), bem salienta que a integridade, promove a união da vida moral e política dos cidadãos, pois reclama “ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania”. Há, uma infusão às “circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas”. Diante de uma divergência, as “pessoas de boa-fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade

política e ver que todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares”; assim, a obrigação política, deixa de ser, “apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade”, ela se torna uma “ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence”.

#### **4 DAS INCOERÊNCIAS ACERCA DA COMPRA E VENDA ENTRE DESCENDENTE E ASCENDENTE NO STJ**

De início, é anulável ou caso de nulidade a venda de bem de ascendente para descendente por interposta pessoa?

Isso depende da Turma julgadora. Basta ver que, no dia 03.03.2020, a Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Raul Araújo, quando do julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso Especial, nº 1.702.805-DF, “concluiu pela existência de simulação de negócio jurídico relativo ao contrato de compra e venda de imóvel de ascendente a descendente por interposta pessoa”. E que, o “negócio jurídico nulo por simulação não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo e, portanto, não se submete aos prazos prescricionais, nos termos dos arts. 167 e 169 do Código Civil de 2002”.<sup>9</sup>

No entanto, uma semana depois, no dia 10.03.2020, a Terceira Turma do STJ, pela lavra da relatora, Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.679.501-GO, acabou por assentar que quando “ocorrida a venda direta, não pairam dúvidas acerca do prazo para pleitear a desconstituição do ato, pois o CC/02 declara expressamente a natureza do vício da venda - qual seja, o de anulabilidade (art. 496) -, bem como o prazo decadencial para providenciar a sua anulação - 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato (art. 179)”. É que, nas “hipóteses de venda direta de

---

<sup>9</sup> AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020.

ascendente a descendente, a comprovação da simulação é exigida”, sob pena de ser mantida; agora, quando se tratar de:

venda por interposta pessoa não é outra coisa que não a tentativa reprovável de contornar-se a exigência da concordância dos demais descendentes e também do cônjuge, para que seja hígida a venda de ascendente a descendente, deverá ela receber o mesmo tratamento conferido à venda direta que se faça sem esta aquiescência. Assim, considerando anulável a venda, será igualmente aplicável o art. 179 do CC/02, que prevê o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a anulação do negócio. Inaplicabilidade dos arts. 167, § 1º, I, e 169 do CC/02.<sup>10</sup>

No primeiro, o Ministro Raul Araújo, resumiu o caso, nos exatos termos de que se trata “de ação de anulação de compra e venda de imóvel cumulada com indenização por perdas e danos ajuizada pelos ora agravados visando à anulação da venda do único imóvel pertencente ao seu genitor, Francisco Edmilson Vasconcelos, falecido em 18/02/2013, para o filho Antonio Eronildes Vasconcelos, por meio de interposta pessoa, o ora agravante Romão Frota Arruda”; no segundo caso, a Ministra Nancy Andrighi, assim resumiu afirmam que os “autores objetivam com a ação desconstituir a venda de 65,49 hectares de terras feita pela primeira recorrente (MARIA ANTUNES DA SILVA) a um de seus filhos – e ora segundo recorrente – (JOSE ANTUNES CINTRA), por meio de interposta pessoa, o ora interessado ADAONILI MARCOLINO DA SILVA, em suposto prejuízo dos demais filhos e em clara inobservância ao art. 496 do CC/02”; este breve, mas necessário resumo dos casos, demonstra tratar-se da mesma situação fática e, que houve decisões completamente opostas, de modo que a igualdade não foi respeitada pelo STJ, isto é, este não guardou coerência, ainda mais se se considerar que as decisões ocorreram praticamente na mesma semana.

Mas não é uma exclusividade do caso acima; há mais quando se trata da questão da alienação de bens entre ascendente e descendente.

Quais são os requisitos para se aferir a anulação da compra e venda estabelecida entre ascendente e descendente sem o consentimento dos demais descendentes e/ou cônjuge?

Neste momento no STJ, é prevalente o entendimento esposado no Recurso Especial nº 476.557/PR de Relatoria da

---

<sup>10</sup> REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020.

Ministra Nancy Andrigli<sup>11</sup>, que na atualidade recebeu o adendo do EREsp 661858/PR, 2ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES<sup>12</sup> e do REsp 752149/AL, Rel. Min. RAUL ARAÚJO<sup>13</sup>. Neste sentido, a posição prevalente no STJ, pode

---

<sup>11</sup> Civil e processo civil. Recurso especial. Alegação de ofensa ao disposto no art. 535, II, do CPC. Omissão suprida em sede de embargos de declaração. Alegação de ocorrência de julgamento fora do pedido. Devida narração dos fatos. Correlato pedido julgado procedente na origem. Venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais herdeiros. Ato jurídico anulável. Simulação. - Inexiste ofensa ao disposto no art. 535, II, do CPC, se sanada, no julgamento dos embargos de declaração, a questão tida por omissa. - A correta narração dos fatos na petição inicial com o correlato pedido julgado procedente na origem afastam a alegação de existência de julgamento fora do pedido na espécie. - A anulação de venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais descendentes necessita da comprovação de que houve, no ato, simulação com o objetivo de dissimular doação ou pagamento de preço abaixo do preço de mercado. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 476.557/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 294).

<sup>12</sup> CIVIL. VENDA. ASCENDENTE A DESCENDENTE. ATO ANULÁVEL. 1 - A venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos demais, segundo melhor doutrina, é anulável e depende da demonstração de prejuízo pela parte interessada. Precedentes. 2 - Prescrição aquisitiva em favor dos compradores (descendentes) reconhecida pelas instâncias ordinárias, porque permaneceram na posse dos bens, de boa-fé e com justo título, por mais de quinze anos. 3 - Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento do Tribunal de origem. (EResp 661.858/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 19/12/2008).

<sup>13</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS DESCENDENTES. AÇÃO DE NULIDADE/ANULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE COTAS DE SOCIEDADE EMPRESARIAL. ART. 1.132 DO CÓDIGO CIVIL/1916. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTE DA EG. SEGUNDA SEÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA A COMPROVAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO DECORRENTE DA ALIENAÇÃO, BEM COMO PARA A AFERIÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS, SEM O QUE NÃO SE PODERIA COGITAR DE OFENSA À LEGÍTIMA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE QUE HOVE CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OFENSA AOS ARTS. 330, I, 334, II, 249, § 1º, DO CPC, 1.132 E 145, IV E V, DO CC/16 NÃO CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA PRETORIANA SUPERADA PELO MENCIONADO PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. A Eg. Segunda Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 668.858/PR, do qual foi Relator o eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 19.12.2008, uniformizou a jurisprudência do STJ sobre o tema, adotando o entendimento de que "a venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos demais, segundo melhor doutrina, é anulável e depende da demonstração de prejuízo pela parte interessada". 2. Dessa forma, uma vez reconhecida que a venda de ascendente a descendente, sem a anuência dos demais descendentes, em contrariedade ao art. 1.132 do Código Civil/1916, constitui ato anulável, impondo-se, por isso, a possibilidade de o descendente-adquirente comprovar a ausência de prejuízo para os demais descendentes, em decorrência de tal alienação, não há como afastar o entendimento do acórdão recorrido quanto à indispensabilidade, na hipótese, de dilação probatória. 3. Está correto o acórdão hostilizado ao acatar a alegação dos ora recorridos de que houve cerceamento de defesa com o julgamento antecipado do feito, sem que lhes fosse oportunizado produzir provas capazes de demonstrar a ausência de prejuízo, o que, se reiterar, seria indispensável, haja vista que o descumprimento da norma inserta no mencionado art. 1.132 do CC/1916 constitui nulidade relativa, e não absoluta, como pretendem os recorrentes. 4. Não se constata, portanto, qualquer ofensa aos dispositivos invocados (CPC, arts. 249, § 1º, 330, I, e 334, II; CC/1916, arts. 145, IV e V, e 1.132) no apelo nobre (CF, art. 105, III, "a"). 5. Ademais, em face do julgamento, pela Eg. Segunda Seção, do mencionado EREsp 668.858/PR, de relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES resta superado o dissídio pretoriano aventado (CF, art. 105, III, "c"). 6. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 752.149/AL, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 02/12/2010).

melhor ser vista no Recurso Especial nº 953.461-SC<sup>14</sup>, de Rel. Ministro Sidnei Beneti, que dita que além:

da iniciativa da parte interessada, para a invalidação desse ato de alienação é necessário: a) fato da venda; b) relação de ascendência e descendência entre vendedor e comprador; c) falta de consentimento de outros descendentes (CC/1916, art. 1132), d) a configuração de simulação, consistente em doação disfarçada (REsp 476557/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., DJ 22.3.2004) ou, alternativamente, e) a demonstração de prejuízo (EREsp 661858/PR, 2ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJe 19.12.2008; REsp 752149/AL, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., 2.10.2010).<sup>15</sup>

O REsp 752149/AL, tem como fundamento, o próprio EREsp 661.858-PR, de tal modo que, deve-se observar com maior profundidade apenas o primeiro dos acórdãos, isto é, o EREsp 661.858-PR.

Pois bem; ao enumerar quatro requisitos de análise para a decretação da anulação, há de se destacar: o que gera a anulação é ausência de consentimento? Ou então, a simulação consistente em uma doação disfarçada? Ou ainda, na presença do prejuízo?

Pelos termos dos itens ‘d’ e ‘e’ mencionados no Recurso Especial nº 953.461-SC, isto é, “d) a configuração de simulação, consistente em doação disfarçada” ou, alternativamente, “e) à demonstração de prejuízo”, não é apenas a ausência de consentimento, mas sim, a presença de prejuízo.

No entanto, vale observar os termos legais; dita o art. 496 do CC/02: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”.

---

<sup>14</sup> REsp 953.461/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011.

<sup>15</sup> Dito acórdão é referido em outros 07 acórdãos tratando do mesmo assunto. De se ver: REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020; REsp 1356431/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/09/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1211531/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013; EREsp 661.858/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 19/12/2008; REsp 886.133/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008; REsp 725.032/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 13/11/2006, p. 267; REsp 476.557/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 294.

Há um único requisito a ser observado pelo intérprete da norma: ausência de consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante. Nada mais!

A inserção de tal requisito ‘demonstração de prejuízo’ decorreu do EREsp 661.858-PR; quando analisado o acórdão, o que se percebe é uma completa vagueza do fundamento, se não um erro de interpretação grosseiro. A questão estava a discutir se se tratava de venda nula ou anulável. De se ver, o exato momento em que se passa a tratar da questão do prejuízo:

Neste contexto, pode-se afirmar, com facilidade, encontrar-se muito bem caracterizado o choque de teses. Aliás, a divergência é notória. Enquanto o acórdão embargado entende nula de pleno direito a venda de ascendente a descendente, simplesmente porque ausente a anuência de um dos descendentes, os paradigmas, ao contrário, concluem que esse tipo de venda é apenas anulável, sendo certo que a sua anulação depende da alegação, de quem esteve alheio à transação, da existência de prejuízo. Essa, de fato, é a tese mais aceita pela doutrina, tanto que está positivada no novo Código Civil, no art. 496: "É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido."

A partir de então cita-se a lição de J. M. de Carvalho Santos, de onde se parecesse extrair a expressão prejuízo; confira-se o real sentido da expressão prejudicado:

Nulo é o contrato, dizem alguns, porque foi preterida uma solenidade pela lei exigida como essencial à sua validade (art. 145, IV), enquanto outros o consideram apenas anulável, precisamente porque a razão da ineficácia do contrato está ainda na simulação, que se presume, procurando as partes fazer crer na existência de uma venda, quando, na verdade, o que houve foi mera doação.

Ficamos com os que sustentam a segunda opinião, notadamente CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus magníficos comentários ao texto legal, com o apoio de uma jurisprudência, por assim dizer, uniforme: a venda de pais a filhos, diretamente, ou por interposta pessoa, sem o consentimento dos demais filhos, não é ato jurídico nulo, mas anulável (Ac. do Tribunal de São Paulo, vol. 35, pág. 246).

A nulidade é apenas relativa, não pode ser alegada senão pelos herdeiros prejudicados, nunca por um credor destes.

Na sequência, se faz uma longa citação de Álvaro Villa Azevedo, no mesmo sentido, se se trata de nulidade ou anulabilidade, momento em que este conclui ser anulável, nestes termos:

Daí porque a venda de ascendente para descendente somente pode ser considerada anulável, nunca inexistente ou nula, não só por poder ela encobrir uma simulada doação, mas também, e principalmente, por poder



sanar-se sua imperfeição pela posterior aquiescência dos demais descendentes, irmãos do comprador. A entender-se na lei a nulidade pleno iure ou a inexistência da venda de ascendente para descendente, pura e simplesmente, é admitir-se a inalienabilidade, nesse caso, do patrimônio daquele.

Até o presente tem-se que a adoção de prejuízo, tem origem na expressão ‘herdeiro prejudicado’; no entanto, a expressão refere-se ao herdeiro preterido de consentimento e não da presença de prejuízo efetivo ao herdeiro. Observe-se que a discussão é ainda, no sentido de verificar se a venda é nula ou anulável e não quais são os requisitos ensejadores da declaração de anulação e/ou nulidade.

Após, há menção a outro julgado do STJ, exatamente no sentido de que existiria lúcida fundamentação do Ministro Fontes de Alencar quando do julgamento do REsp 977-0-PR – *aliás o mesmo acórdão é citado pelo Ministro João Otávio de Noronha, como voto-vista, em claro despercebimento de que o mesmo já havia sido mencionado pelo relator* – ; para começar o voto do Ministro Fontes Alencar não se sagrou vencedor, de modo que, sua opinião, nem mesmo naquele julgado prevaleceu, quem dirá para fins de validar outra decisão futura. O voto vencedor foi proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo. O que surpreende é que no corpo deste REsp 977-0-PR, não consta também a expressão prejuízo. Trata da questão anulabilidade, não pela presença ou ausência de prejuízo, mas sim, pela possibilidade de convalidação do ato pelos herdeiros prejudicados. É de se observar que do acórdão, assim restou construída a sua ementa:

DIREITO CIVIL. VENDA A DESCENDENTE SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS. CODIGO CIVIL, ART. 1.132. DIVERGENCIA DOUTRINARIO-JURISPRUDENCIAL. CORRENTES. ANULABILIDADE DO ATO. - SEM EMBARGO DAS RESPEITABILISSIMAS OPINIOES EM CONTRARIO, NA EXEGESE DO ART. 1.132 DO CODIGO CIVIL, TEM-SE POR ANULAVEL O ATO DA VENDA DE BEM A DESCENDENTE SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS, UMA VEZ: A) QUE A DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DEPENDE DA INICIATIVA DOS INTERESSADOS; B) PORQUE VIAVEL A SUA CONFIRMAÇÃO; C) PORQUE NÃO SE INVALIDARA O ATO SE PROVADO QUE JUSTO E REAL O PREÇO PELO DESCENDENTE.<sup>16</sup>

No caso, proferiram votos os Ministros Bueno Souza que foi acompanhado por Ruy Rosado de Aguiar e, de outro lado,

---

<sup>16</sup> REsp 977/PB, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, Rel. p/ Acórdão MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 27/03/1995, p. 7160.

os vencedores, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Chama a atenção, que no corpo do acórdão, não há uma única palavra mencionando prejuízo ou que, tendo havido pagamento justo real do preço pelo descendente, não se poderia desconstituir a compra e venda; a única discussão travada foi acerca de se tratar de nulidade ou anulabilidade do ato, e só! Mas, este acórdão serviu como fundamento do EREsp 661.858-PR.

Voltando à baila do EREsp 661.858-PR, não há qualquer expressão na fundamentação do mesmo que justifique que tem cabimento a anulação em vista da presença de prejuízo aos demais descendentes; é anulável o ato, exatamente pela possibilidade de ratificação dele; uma coisa não guarda qualquer relação com a outra; no entanto, hoje, é um pré-requisito fixados pelo STJ para fins de decretação da anulação da compra e venda entre descendente e ascendente e, o pior, é que não se sabe o motivo pelo qual assim se chegou, pois que, uma decisão menciona uma anterior, a qual, é completamente desprovida de menção em sua fundamentação acerca de algo que acabou sendo citado na ementa do acórdão; aliás, a citação do julgado, é do voto vencido.

Mas não é só isso; há ainda, julgados, dois para ser mais preciso, da Quarta Turma do STJ, que a meu ver, estão corretos, pois que, não reclamam a prova do prejuízo, isto é, basta a simples compra e venda desprovida do consentimento dos demais descendentes e/ou cônjuge, tal como o fixado no art. 496 do CC/02. De se ver:

CIVIL. TRANSFERÊNCIA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS DESCENDENTES. ANULABILIDADE. 1. Aplica-se à transferência de quotas societárias de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais descendentes a letra do art. 1.132 do Código Civil de 1.916. 2. A exemplo da norma expressa do art. 496 do novo Código Civil (2002) a venda ou transferência de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais na vigência do Código Civil de 1.916 (art. 1.132) é ato anulável. 3. Recurso especial fundado na letra c do permissivo constitucional conhecido e provido para anular o julgado.<sup>17</sup>

E o segundo:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. VENDA A DESCENDENTE. ART. 1.132 DO CC/1916. ART. 496 DO ATUAL CC. VENDA DE AVÔ A NETO, ESTANDO A

---

<sup>17</sup> REsp 886.133/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008.

MÃE DESTE VIVA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS DEMAIS DESCENDENTES. ATO ANULÁVEL. DESNECESSIDADE DE PROVA DE EXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO OU FRAUDE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Inexistindo consentimento dos descendentes herdeiros do alienante, é anulável a venda de ascendente a descendente, independentemente do grau de parentesco existente entre vendedor e comprador. 2. In casu, os filhos do alienante estão vivos e não consentiram com a venda do imóvel, por seus pais, a seu sobrinho e respectiva esposa. 3. A anulabilidade da venda independe de prova de simulação ou fraude contra os demais descendentes. 4. Recurso especial não conhecido.<sup>18</sup>

No presente, em verdade não há integridade na construção do direito, pois que, como visto, o acórdão que baliza o entendimento do STJ, não foi construído com fundamentação nas razões contidas em sua ementa; não há como saber, de forma orgânica, as razões pelas quais a decisão assim foi proferida; a única coisa que se percebe é que se pautou em voto vencido, do qual, nem mesmo, também, se discutiu o assunto em questão.

Agora, qual o significado da expressão *conclusão do ato*, contida no art. 179 do CC/02? Efetivamente o prazo decadencial para a propositura da ação de anulação se conta da *conclusão do ato*? Do *registro do ato*? Ou do falecimento do alienante/ascendente?

Na atualidade, é prevalente que se trata de ação anulatória, a ser proposta no prazo de 02 anos, sob pena de decadência, na forma do art. 179 do CC/02, contando esse prazo da *conclusão do ato*.<sup>19</sup>

Mas a que ato está a se referir o art. 179? Pois bem, dito dispositivo, como se sabe é o dispositivo residual para os prazos decadenciais, de modo que, quando não há prazo específico se aplica tal dispositivo, de modo que, não há na visão do legislador um ato concreto que fixe dito ato; no entanto, no STJ fixou-se já o entendimento, como se vê dos

---

<sup>18</sup> REsp 725.032/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 13/11/2006, p. 267.

<sup>19</sup> Neste sentido : Refere-se a data da escritura pública: AgInt no REsp 1707751/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020; AgInt no REsp 1707739/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020; REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020; EDcl no REsp 1198907/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014; REsp 771.736/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 15/05/2006, p. 212. Tratando do registro da transferência de quotas sociais: REsp 1356431/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/09/2017.

julgados supra, que se conta da transferência da propriedade imobiliária e da transferência das quotas sociais frente à Junta Comercial.<sup>20</sup>

Ocorre que, falta técnica na fixação de tais prazos, pois deveria ser preciso dizer, que é no momento do registro da escritura pública de compra e venda, bem ainda, no momento da publicação da transferência das quotas sociais. Neste sentido, são encontrados o REsp 1049078/SP<sup>21</sup>, AgRg no AREsp 69.137/SP<sup>22</sup>, AgRg no AREsp 332.566/PR<sup>23</sup> e o REsp 1755379/RJ<sup>24</sup>.

A questão é: porque não se conta o prazo quando da morte do alienante/ascendente?

---

<sup>20</sup> Neste sentido, é também o enunciado 545 na Jornada VI Direito Civil no STJ: “o prazo para pleitear a anulação de venda de ascendente para descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou cônjuge do alienante é de 2 anos, contados da ciência do ato, que se presume, absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis”.

<sup>21</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DOAÇÃO INOFICIOSA FEITA POR ASCENDENTE A DESCENDENTES. AÇÃO ANULATÓRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. REGISTRO DAS DOAÇÕES. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação de nulidade de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular. 2. Tendo sido proposta a ação mais de vinte anos do registro das doações, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão autoral. 3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp 1049078/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/03/2013).

<sup>22</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL. VINTE ANOS. TERMO DE INÍCIO. REGISTRO DO ATO QUE SE PRETENDE ANULAR. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE ALTERAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 69.137/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014).

<sup>23</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. DATA DA LIBERALIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no caso de ação em que se busca invalidar doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico impugnado. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 332.566/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 24/09/2014).

<sup>24</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. DOAÇÃO INOFICIOSA. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. REGISTRO DO ATO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular. Precedentes. 3. Na hipótese, tendo sido proposta a ação mais de vinte anos após o registro da doação, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão autoral. 4. Recurso especial provido. (REsp 1755379/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 10/10/2019).

Há que se mencionar que este entendimento foi prevalente até revogação da Súmula 152 do STF<sup>25</sup>, quando da aprovação da Súmula 494.<sup>26</sup> Quando da Súmula 494, o STF discutia a questão que “decorridos muitos anos, até que morra o pai, a prova da simulação poderá tornar-se difícil”. E que, diante da demora poderiam “ser atingidos direitos de terceiros, aos quais tenham sido vendidos os bens ilegalmente adquiridos por descendentes” à época a pena era de nulidade, por isso desta preocupação – também prevalecia a ideia de que não se poderia “subordinar a ação ao falecimento do ascendente vendedor”, este é o voto do Ministro Luiz Gallotti; mais adiante, é complementada pelo voto do Ministro Djaci Falcão, o qual afirma, que nem o “art. 1.132 do Código Civil, nem qualquer outra disposição legal vigente entre nós, subordina a ação ao falecimento do ascendente vendedor”. Em breve nota, o objetivo era libertar a propositura da ação de nulidade, mesmo antes da morte do alienante/descendente e não de fixar o prazo de início como sendo àquele em que se praticou o ato.

Aliás, a contagem do prazo a partir do ato em si, naquele momento pode ter sido fixada, levando em consideração o fato de que à época, tratava-se de prazo prescricional, isto é, da aplicação do art. 177 do CC/16.<sup>27</sup>

Na atualidade, como visto, o prazo é decadencial, de tal modo que não poderia prevalecer o mesmo ideal de quando da revogação da Súmula 494.

Mas, não é apenas isso; há mais neste aspecto; de se ver que a finalidade do art. 496 do CC/02 é exatamente preservar os interesses patrimoniais da família, de modo que, toda e qualquer situação que vise este fim, deveria receber o mesmo tratamento, legislativo e judicial, em prol da coerência e integridade do próprio direito.

Não é o que se vê, quando se trata de anulação de doação à concubina. Neste caso, o STJ já fixou que “o prazo

---

<sup>25</sup> STF. Súmula 152: *A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos a contar da abertura da sucessão.*

<sup>26</sup> STF. Súmula 494: *A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula nº 152.*

<sup>27</sup> À fl. 64, o Ministro Eloy Rocha sublinha que: *O eminente Ministro Djaci Falcão ponderou, ademais, que a pretensão, que têm os outros descendentes, de reclamar contra a inobservância da norma, poderia parecer, se não fosse exercida logo e se eles devessem aguardar a morte do pai. A prescrição é a do art. 177, e corre o prazo, desde o momento em que se praticou o ato, e não da abertura da sucessão.*

prescricional da ação anulatória de doação do art. 1.177 do CC/1916, inicia-se com a dissolução formal do casamento”.<sup>28</sup> Ou que, na forma do art. 550 do CC/2012 este “estabelece que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Com efeito, a lei prevê prazo decadencial para exercício do direito potestativo para anulação da doação, a contar do término do casamento, isto é, pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”.<sup>29</sup> Como dito, a razão de ser desta ação é a mesma da ação do art. 496 do CC/02, no entanto, acaba por receber tratamento diferenciado.

Há ainda, o caso da compra e venda realizada por interposta pessoa; neste caso, para o STJ, o prazo é decadencial de quatro anos e, conta-se da abertura da sucessão, conforme REsp 86.489-ES<sup>30</sup>. Mais um prazo diferente para a proteção de uma idêntica situação: direito patrimonial da família.

Não bastasse o acima, a doutrina opina ainda que, através do enunciado nº 538 da VI Jornada de Direito Civil “que diz respeito a terceiros eventualmente prejudicados, o prazo decadencial de que trata o art. 179 do Código Civil não se conta da celebração do negócio jurídico, mas da ciência que dele tiverem”. Implica, que haverá mais uma forma de contagem do início do prazo; esta, diga-se de passagem, ainda mais volátil que as anteriores.

Como se vê, há grave incoerência nas razões pelas quais se fixou o início do prazo prescricional como sendo a realização

---

<sup>28</sup> REsp 72.997/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 16/08/2004, p. 254.

<sup>29</sup> REsp 1192243/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 23/06/2015.

<sup>30</sup> REsp 86.489/ES, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29693. Idêntica situação é observável no: REsp 151.935/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 96; REsp 171.637/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 129; REsp 226.780/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 182; AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020; REsp 999.921/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/08/2011; AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020; AgInt no AREsp 1582619/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 06/04/2020.

do ato, pois que, no STF, a intenção era de permitir a propositura desde logo, e não de condicionar ela à realização do ato; em verdade, queria-se apenas conceder maior abertura à possibilidade, naquele momento, de ver decretada a nulidade; hoje, de ver a anulação reconhecida.

Mais uma: a compra e venda realizada por interposta pessoa é caso de simulação e, portanto, ato nulo ou se pode considerar anulável?

Não há qualquer margem de dúvida, que o negócio simulado é nulo no CC/02; de se ver a dicção do art. 167: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

Assim se passando as coisas, no STJ sempre fora a questão tratada com distinção, isto é, se se trata de venda direta de ascendente para descendente, é sob a égide do CC/02, caso de anulação; se por interposta pessoa, é caso de nulidade. De se ver: REsp 59479/RS<sup>31</sup>, REsp 86.489-ES<sup>32</sup>, REsp

---

<sup>31</sup> CIVIL. VENDA A DESCENDENTE. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA. PROVA DA SIMULAÇÃO. HA QUE TRAÇAR DISTINÇÃO ENTRE A VENDA DIRETA E A FEITA POR INTERPOSTA PESSOA, EXIGINDO-SE, NESSA ULTIMA HIPOTESE, A PROVA DA SIMULAÇÃO. APLICAM-SE CONJUGADAMENTE OS ARTS. 1132 E 102 DO CODIGO CIVIL. SE O ACORDÃO, COM BASE EM CIRCUNSTANCIAS APANHAVEIS NO DOMINIO DOS FATOS, CONCLUIU PELA PERFECTIBILIDADE DA ALIENAÇÃO, NÃO VISLUMBRANDO SIMULAÇÃO, O RECURSO ESPECIAL ESBARRA NA SUMULA N. 07/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 59.479/RS, Rel. MIN. COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/1995, DJ 04/09/1995, p. 27830).

<sup>32</sup> VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. PRESCRIÇÃO. A ALIENAÇÃO DE BEM DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE, SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS, ATRAVES DE INTERPOSTA PESSOA, PRESCREVE EM QUATRO ANOS A CONTAR DA ABERTURA DA SUCESSÃO DO VENDEDOR. ART. 178, PARAGRAFO 1., V, B, DO CC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 86.489/ES, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29693).

151.935/RS<sup>33</sup>, REsp 171637-SP<sup>34</sup>, REsp 226780/MG<sup>35</sup>, AgInt no REsp 1702805/DF<sup>36</sup>, REsp 999921-PR<sup>37</sup>, AgInt no REsp 1702805/DF<sup>38</sup> e no AgInt no AREsp 1582619/PR<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> *VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. Interposta pessoa. Anulação. Prescrição. Data inicial. Doação inoficiosa. - A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interposta pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. - A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação. Arts. 177, 1778, 1132 e 1176 do C.Civil. Primeiro recurso não conhecido; conhecimento parcial do segundo e seu provimento, também parcial. (REsp 151.935/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 96).*

<sup>34</sup> *COMPRA E VENDA. Venda de ascendente a descendente. Prescrição. O prazo de prescrição para anular a venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa, flui pelo prazo de quatro anos, iniciado com abertura da sucessão do alienante. Art. 178, § 9º, V, "b", do CCivil. Precedente. Recurso conhecido e provido. (REsp 171.637/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 129).*

<sup>35</sup> *CIVIL. PRESCRIÇÃO. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, POR INTERPOSTA PESSOA. A venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa, pode ser atacada por meio de ação no prazo de quatro anos, contados da abertura da sucessão do alienante. Recurso especial não conhecido. (REsp 226.780/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 182).*

<sup>36</sup> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. SIMULAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ATO NULO INSUSCETÍVEL DE CONVALIDAÇÃO PELO DECURSO DO TEMPO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O Tribunal de origem, com fundamento na prova documental trazida aos autos, concluiu pela existência de simulação de negócio jurídico relativo ao contrato de compra e venda de imóvel de ascendente a descendente por interposta pessoa. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 2. O negócio jurídico nulo por simulação não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo e, portanto, não se submete aos prazos prescricionais, nos termos dos arts. 167 e 169 do Código Civil de 2002. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020).*

<sup>37</sup> *DIREITO CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. CASO DE SIMULAÇÃO. PRAZO QUADRIENAL (ART. 178, § 9º, V, "B", CC/16). TERMO INICIAL. ABERTURA DA SUCESSÃO DO ÚLTIMO ASCENDENTE. 1. Na vigência do Código Civil/16, a venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa e sem consentimento dos demais descendentes, distancia-se da situação descrita pela Súmula 494/STF. Trata-se de situação que configura simulação, com prazo prescricional quadrienal (178, § 9º, inciso V, letra "b", do CC/16), mas o termo inicial é a data da abertura da sucessão do alienante. 2. Entender de forma diversa significaria exigir que descendentes litigassem contra ascendentes, ainda em vida, causando um desajuste nas relações intrafamiliares. Ademais, exigir-se-ia que os descendentes fiscalizassem - além dos negócios jurídicos do seu ascendente - as transações realizadas por estranhos, ou seja, pelo terceiro interposto, o que não se mostra razoável nem consentâneo com o ordenamento jurídico que protege a intimidade e a vida privada. Precedentes do STF. 3. Não se mostra possível ainda o reconhecimento da decadência para anulação somente parcial do negócio, computando-se o prazo a partir do óbito do primeiro ascendente, relativamente a sua meação. Em tal solução, remanesceria a exigência de os demais descendentes litigarem contra seu pai ainda em vida, desconforto que, como antes assinalado, justifica o cômputo do prazo a partir da abertura da sucessão do último*



Tudo parecia, neste sentido, caminhar tranquilo, em que pese toda a incoerência acima apontada; no entanto, eis que por força do REsp 1679501/GO, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10 de março de 2020 acabou por decidir que:

*a venda por interposta pessoa não é outra coisa que não a tentativa reprovável de contornar-se a exigência da concordância dos demais descendentes e do cônjuge, para que seja hígida a venda de ascendente a descendente, deverá ela receber o mesmo tratamento conferido à venda direta que se faça sem esta aquiescência. Deste modo, considerou ser anulável a venda, e igualmente aplicável o art. 179 do CC/02, que prevê o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a anulação do negócio. Julgando assim, inaplicáveis os arts. 167, § 1º, I, e 169 do CC/02.*

A decisão é ruim sob o aspecto de que a simulação é exatamente o ato que visa encobrir um ato inexistente e/ou diverso do que realmente aparenta; trata-se de consolidado

---

*ascendente. 4. Recurso especial não provido. (REsp 999.921/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/08/2011).*

<sup>38</sup> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. SIMULAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ATO NULO INSUSCETÍVEL DE CONVALIDAÇÃO PELO DECURSO DO TEMPO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O Tribunal de origem, com fundamento na prova documental trazida aos autos, concluiu pela existência de simulação de negócio jurídico relativo ao contrato de compra e venda de imóvel de ascendente a descendente por interposta pessoa. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 2. O negócio jurídico nulo por simulação não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo e, portanto, não se submete aos prazos prescricionais, nos termos dos arts. 167 e 169 do Código Civil de 2002. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020).

<sup>39</sup> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. COMPRA E VENDA. ASCENDENTE PARA DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. SIMULAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. ATO JURÍDICO FIRMADO SOB A ÉGIDE DO CC/1916. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não ficou configurada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. 2. A revisão das conclusões estaduais demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 3. Tendo o acórdão recorrido decidido em consonância com a jurisprudência desta Casa, incide, na hipótese, a Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, que abrange os recursos especiais interpostos com amparo nas alíneas a e/ou c do permissivo constitucional. Precedentes. 4. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1582619/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 06/04/2020).

instituto jurídico, do qual, pela decisão em questão, foi completamente desconsiderado seu longo histórico de utilização. No CC/02, a simulação foi elevada à vício social, de tal modo, que inquinada de nulidade; é a norma quem assim fixa, no entanto, o STJ acabou por conferir entendimento, verdadeiramente, *contra legem*, trazendo mais uma vez, incoerência e falta de integridade e segurança jurídicas às decisões do órgão que deveria ter, como trabalho fundamental: uniformizar a jurisprudência e a aplicação da lei federal.

#### **4 CONCLUSÃO**

A situação acima narrada, longe de querer esgotar o assunto, visa apenas demonstrar de que há grande, se é que pode ser medida, incoerência na adoção das regras jurídicas, bem ainda, na manutenção e uniformização das próprias decisões judiciais do STJ, órgão responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil.

O aspecto pior de tudo isto, é que não se construirá um direito íntegro, mesmo porque, não se consegue ter uma cultura de respeito às decisões, pois que, os fundamentos não são estáveis e, acima de tudo, não há justificativa plausível para a alteração do entendimento até então em vigor. Ao que se vê, é decisão para cada caso; e não decisão para casos idênticos ou que possuam a mesma base de discussão.

Agindo deste modo, todos perdem; a incoerência gera desigualdade; a ausência de integridade gera insegurança; ambas, aliadas, geram um Estado longe de ser de Direito.

Estas percepções, focaram apenas um aspecto do cotidiano do judiciário pátrio, representado pela Corte responsável por manter a uniformização dos julgados em nível federal; é certo que se pode encontrar muitas outras incoerências; no presente caso, o enfoque é de algo que ocorre diuturnamente dentro das famílias brasileiras; portanto, é chegada a hora de enfrentar a situação, com maior zelo na interpretação da norma e na coerência da aplicação destas, para assim manter a integridade e segurança jurídicas almejadas.

## REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo de. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 744, ano 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao novo Código Civil, v. 7: das várias espécies de contrato. (Coord. Sávio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1582619/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 06/04/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1702805/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 25/03/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1707739/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1707751/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 332.566/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 24/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 69.137/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1211531/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1198907/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 661.858/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 19/12/2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 661.858/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 19/12/2008;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1049078/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/03/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192243/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 23/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1356431/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/09/2017;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1356431/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/09/2017;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 151.935/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 96;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1679501/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 171.637/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 129;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1755379/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 10/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 226.780/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 182;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 476.557/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 294

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 476.557/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 294.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 72.997/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 16/08/2004, p. 254.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 725.032/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 13/11/2006, p. 267

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 725.032/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 13/11/2006, p. 267;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 752.149/AL, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 02/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 771.736/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 15/05/2006, p. 212.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 86.489/ES, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29693.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886.133/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886.133/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 953.461/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 977/PB, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, Rel. p/ Acórdão MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 27/03/1995, p. 7160.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 999.921/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/08/2011;

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FIUZA, Ricardo. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contratos, vol. 6 (arts. 481 a 564). (Coord. Antônio Junquera de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. Código civil e legislação civil em vigor. 28ª ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 4ª ed. rev. ampl. e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, James Eduardo. Código civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PELUSO, Cezar. [et al]. Código civil comentado. Barueri: Manole, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!. In Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acessado em 26 jul. 2020 às 16h29m.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?. In Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acessado em 26 jul. 2020 às 20h35m.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!. In Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acessado em 26 jul. 2020 às 20h15m.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p.33-51, abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao novo código civil, volume 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

# [ CAPÍTULO 5 ]

## **REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E NOVA ADMINISTRAÇÃO: O GOVERNO ELETRÔNICO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Fabiane GRANDO<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Doutoranda em Direito Público pela Unisinos. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora universitária. Advogada. Email para contato: gfabi2@yahoo.com.br.

# 1 INTRODUÇÃO

Em 2015, a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável até 2030, com 169 metas a serem cumpridas pelos Estados-membros.

Tais metas se relacionam diretamente com a atuação de um governo eletrônico, que está alinhado com a emergência da sociedade da informação e se caracteriza pela utilização de tecnologias da informação e da comunicação no setor público.

Dessa forma, no presente estudo, serão enfatizados dois desses objetivos - 11 e 16, tendo por referência o Estudo sobre Governo Eletrônico da Organização das Nações Unidas 2018: orientar o governo eletrônico para apoiar a transformação rumo a sociedades sustentáveis e resilientes.

A partir do diálogo entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 11 e 16, pretende-se analisar como as premissas do governo eletrônico podem construir instituições eficazes, transparentes e responsáveis em todos os níveis, bem como promover sociedades inclusivas, seguras e resilientes na perspectiva do desenvolvimento sustentável.

O artigo está dividido em três seções. A primeira aborda a Agenda Global 2030 e os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, traçando-se um panorama geral e, na sequência, destacam-se as metas dos ODS 11 e 16, que se voltam à construção de sociedades sustentáveis e resilientes, a serem instrumentalizadas a partir das ferramentas de governo eletrônico.

A segunda, se debruça sobre o alcance e a divergência terminológica da noção de governo eletrônico, passando pelo tratamento jurídico da incorporação das tecnologias da informação e da comunicação em âmbito estatal no Brasil, bem como, sobre a construção do conceito de governo eletrônico a partir dos relatórios da ONU, que ganhou novos contornos e enfoques nas suas sucessivas edições, até chegar à sua décima edição - Estudo sobre governo eletrônico da Organização das Nações Unidas 2018 -, que enfatiza justamente uma perspectiva de governo eletrônico a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Por fim, a última seção trata do poder do governo eletrônico para transformar a Administração Pública e melhorar o alcance dos ODS, analisando o importante papel que uma mudança cultural e estrutural na Administração Pública têm nesse sentido.

O trabalho foi desenvolvido a partir do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, especialmente dos planos de ação e estudos acerca da implantação e monitoramento dos ODS por parte da ONU.

## **2 AGENDA GLOBAL 2030:**

### **OBJETIVOS 11 E 16 DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS 11 e ODS 16)**

Em 2000, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) firmaram a Declaração do Milênio da ONU, por meio da qual se comprometeram em reunir esforços para implementar uma agenda global para a promoção da paz, dos direitos humanos e do desenvolvimento, consubstanciada em “8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” (ODM).

A “Declaração do Milênio” se traduziu em um plano de metas a ser cumprido até 2015, refletindo um compromisso concreto, expresso em ações do dia-a-dia para governos, instituições e cidadãos de todo o mundo:

1 - Acabar com a fome e a miséria; 2 - Oferecer educação básica de qualidade para todos; 3 - Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4 - Reduzir a mortalidade infantil; 5 - Melhorar a saúde das gestantes; 6 - Combater a Aids, a malária e outras doenças; 7 - Garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8 - Estabelecer parcerias para o desenvolvimento (ONU, 2000).

Esses oito Objetivos foram o primeiro arcabouço global de políticas para o desenvolvimento e contribuíram para orientar a ação dos governos nos níveis internacional, nacional e local por 15 anos. Os ODMs reconheceram a urgência de combater a pobreza e demais privações generalizadas, tornando o tema uma prioridade na agenda internacional de desenvolvimento (ONU, 2015).

Em 2015, os Estados-membros voltaram a se reunir e adotaram uma nova agenda de desenvolvimento, baseada nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), a partir do documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030



para o Desenvolvimento Sustentável”, com o compromisso de tomar medidas contundentes e transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos sem deixar ninguém para trás:

A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro (ONU, 2015).

Assim, a Agenda 2030 compõem-se de um quadro de objetivos e suas respectivas metas - os 17 ODS e suas 169 metas -, com uma seção sobre meios de implementação e de parcerias globais, bem como um roteiro para acompanhamento e revisão. Os ODS são o núcleo da Agenda e deverão ser alcançados até o ano 2030:



Fonte: ONU, 2015

Os 17 Objetivos são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. São como uma lista de tarefas a serem cumpridas pelos governos, a sociedade civil, o setor privado e todos cidadãos na jornada coletiva para um 2030 sustentável. “Nos próximos anos de implementação da Agenda 2030, os ODS e suas metas irão estimular e apoiar ações em áreas de importância crucial para a humanidade: Pessoas, Planeta, Prosperidade, Paz e Parcerias” (ONU, 2015):



Fonte: ONU, 2015.

Em que pese o diálogo e integração entre os objetivos, para fins do que se propõe a partir do presente trabalho, destaca-se especialmente o Objetivo 11: Cidades e comunidades sustentáveis – Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

Referido objetivo traz, em sua essência, o reconhecimento de que transformar significativamente a construção e a gestão dos espaços urbanos, é essencial para que o desenvolvimento sustentável e a resiliência dos assentamentos humanos sejam alcançados.

Em relação às metas do ODS 11, na perspectiva de orientar o governo eletrônico para apoiar a transformação rumo a sociedades sustentáveis e resilientes, cabe relevo às transcritas abaixo:

11.3 Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e a capacidade para o planejamento e a gestão participativa, integrada e sustentável dos assentamentos humanos, em todos os países.

(...)

11.b Até 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação à mudança do clima, a resiliência a desastres; e desenvolver e implementar, de acordo com o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, o gerenciamento holístico do risco de desastres em todos os níveis (ONU, 2015).

Em sentido convergente, também merece atenção o Objetivo 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Tal objetivo reconhece que a promoção de instituições fortes, inclusivas e transparentes, a manutenção da paz e o respeito aos direitos humanos baseados no Estado de direito são a base para o desenvolvimento humano sustentável.

Dentre as metas do ODS 16, que enfatizam a importância do acesso à informação e à transparência, destacam-se as seguintes:

16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.

(...)

16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais (ONU, 2015).

Tendo em conta esse breve retrospecto da configuração dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e traçada a moldura na qual se enquadram os ODS 11 e 16, passa-se, na próxima seção, a um diálogo com o fenômeno que se convencionou denominar de governo eletrônico e seu alcance no contexto da chamada sociedade da informação.

### **3 GOVERNO ELETRÔNICO:**

#### **ALCANCE E DIVERGÊNCIA TERMINOLÓGICA**

Considerando o uso das tecnologias da informação e da comunicação no setor público como fundamentais para seu futuro, bem como elementos essenciais de sua modernização, nos últimos anos, a grande maioria dos entes estatais, de todos os níveis, passou a intensificar a organização de estruturas de governo eletrônico.

Segundo Oliver; Sanders (2004, p. vii), o desenvolvimento da tecnologia da informação e a consequente era “ponto.com” nos anos 1990 deram origem a expressões estrangeiras a exemplo de *e-commerce* e *e-business*. Em seguida, em âmbito estatal, expandiu-se a utilização de termos como *e-government*, *e-governance* e *e-democracy*, na tentativa de capturar a essência da mudança que a tecnologia desencadeou na governança.

No contexto nacional, o uso das tecnologias da informação e da comunicação no setor público costuma ser traduzido em expressões como e-administração, e-governo, e-

governança e e-democracia, ou, ainda, governo eletrônico, administração eletrônica e democracia eletrônica.

Normalmente, tais expressões são utilizadas referindo-se a duas grandes realidades: a utilização de meios eletrônicos nas atividades próprias da Administração Pública e o emprego de meios eletrônicos em relação ao processo democrático (BREGA, 2015, p. 46).

A opção terminológica adotada neste trabalho está alinhada com os estudos desenvolvidos por Brega (2015, p. 46) acerca da questão, que considera a utilização das tecnologias da informação e da comunicação no âmbito do Poder Público sob o conceito de governo eletrônico em sentido amplo, o qual incluiria tanto a democracia eletrônica quanto o governo eletrônico em sentido estrito ou administração eletrônica:

A democracia eletrônica compreende todos os mecanismos que permitem ao cidadão, utilizando as tecnologias informáticas, participar ativamente da vida pública, tais como o voto eletrônico, o envio de propostas e a participação em procedimentos de decisão política e administrativa. Dentro da democracia eletrônica está ainda incluído o relacionamento direto com as instituições públicas e representantes políticos (diálogo com os partidos políticos, correio eletrônico de deputados, enquetes por meio da internet, foros de discussão, jornadas virtuais dos partidos, etc.), conhecido com *e-politics*.

A administração eletrônica, ou governo eletrônico em sentido estrito (...) pode ser conceituada como o fenômeno, situado no contexto da chamada sociedade da informação, consistente no uso das tecnologias da informação e da comunicação, especialmente da internet, no âmbito da Administração Pública, em substituição aos instrumentos tradicionais, baseados no documento em papel. Por meio da utilização dos meios eletrônicos, surge a oportunidade para melhorar a circulação da informação nas relações administrativas internas e externas, de forma a obter mais eficácia, eficiência, rapidez e transparência na atuação administrativa e na prestação de serviços (BREGA, 2015, p. 49)<sup>41</sup>.

O sentido amplo de governo eletrônico, observado a partir da incidência das novas tecnologias no sistema democrático, também é destacado por Manãs (2011, p. 28), para quem “la sociedad de la información, como expresión y al mismo tiempo resultado del avance tecnológico, está removiendo los cimientos de las formas tradicionales de participación”.

Ressalve-se, contudo, que a utilização de meios eletrônicos na esfera estatal, como fenômeno novo, tem

---

<sup>41</sup> Acerca da questão recomenda-se a leitura da obra de referido autor, que analisa de forma detalhada a dificuldade de adoção de um termo unívoco ao uso das tecnologias da informação e da comunicação pelas Administrações Públicas, especialmente em razão da ampla difusão mundial da expressão *e-government* e sua delicada tradução para o sistema político-administrativo europeu.

proporcionado significativa divergência terminológica em termos acadêmicos:

Há quem entenda como sinônimos administração eletrônica e governo eletrônico. Por outro lado, não faltam aqueles que compreendem e-government de maneira mais ampla, designando tanto a administração eletrônica quanto à democracia eletrônica. Há também os que consideram o e-government como realidade ampla, incluindo a prestação de serviços eletrônicos, o e-service delivery e a egovernance, referente ao compartilhamento de informações e o engajamento dos cidadãos (BREGA, 2015, p. 47).

Com efeito, Oliver; Sanders (2004, p. vii) advertem que, conforme o prefixo “e” passou a ser mais e mais utilizado a aspectos de governança e funções governamentais, passaram a se multiplicar mal-entendidos sobre o real significado da dimensão “e” da governança.

Razão pela qual os mesmos autores (OLIVER; SANDERS, 2004, p. vii) defendem o desenvolvimento de um conjunto de definições e princípios consistentes a serem aplicados à atual linguagem caótica da governança eletrônica como essencial para uma compreensão mais aprofunda da teoria e da prática.

### 3.1. TRATAMENTO JURÍDICO DA INCORPORAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO EM ÂMBITO ESTATAL NO BRASIL

No Brasil, governo eletrônico foi a expressão que mais se difundiu inicialmente para referir-se à incorporação das tecnologias da informação e da comunicação nas atividades administrativas, sobretudo no tocante ao relacionamento com o usuário.

Por meio do Decreto de 18 de outubro de 2000 (BRASIL, 2000), foi criado o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, “com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do Governo Eletrônico, voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão” (artigo 1º).

Alguns anos depois, referido diploma legislativo foi revogado pelo Decreto nº 8.638/2016 (BRASIL, 2016a), instituindo-se a Política de Governança Digital. Tal decreto reiterou a importância das tecnologias da informação e da comunicação nas atividades administrativas, enfatizando a

importância da transparência, participação e controle social das ações administrativas:

Art. 1º Fica instituída a Política de Governança Digital para os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com as seguintes finalidades:

I - gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos;

II - estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; e

III - assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas.

O artigo 3º do mesmo diploma legal elencou os princípios da Política de Governança Digital:

Art. 3º A Política de Governança Digital observará os seguintes princípios:

I - foco nas necessidades da sociedade;

II - abertura e transparência;

III - compartilhamento da capacidade de serviço;

IV - simplicidade;

V - priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital;

VI - segurança e privacidade;

VII - participação e controle social;

VIII - governo como plataforma; e

IX - inovação.

Tais princípios pretendem garantir o pleno respeito aos direitos fundamentais e as bases constitucionais configuradoras da Administração Pública, sendo essencial sua observância para o adequado desenvolvimento da Administração Eletrônica.

Na sequência, destaca-se a edição de outros diplomas legislativos, a exemplo do Decreto nº 8.936/2016 (BRASIL, 2016b), que instituiu a Plataforma de Cidadania Digital, dispondo também sobre a oferta dos serviços públicos digitais, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Na mesma linha, o Decreto nº 9.319/2018 (BRASIL, 2018), que criou o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabeleceu a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, a partir de eixos habilitadores e eixos de transformação digital, previstos em seu Anexo I.

Tal sucessão de legislação culminou com a edição do Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020 (BRASIL, 2020), que,

dentre outras providências, instituiu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 2º Os órgãos e as entidades instituirão Comitê de Governança Digital, nos termos do disposto no Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, para deliberar sobre os assuntos relativos à implementação das ações de governo digital e ao uso de recursos de tecnologia da informação e comunicação.

Referido decreto revogou o Decreto nº 8.638/2016 e também promoveu alterações no Anexo I do Decreto nº 9.319/2018, no que diz respeito aos objetivos a serem alcançados a partir da Estratégia de Governo Digital.

Em seu Anexo, deixa consignado que a “Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022 está organizada em princípios, objetivos e iniciativas que nortearão a transformação do governo por meio do uso de tecnologias digitais, com a promoção da efetividade das políticas e da qualidade dos serviços públicos e com o objetivo final de reconquistar a confiança dos brasileiros”.

Importante destacar que tal análise pretende apenas dar um panorama geral do tratamento jurídico da incorporação das tecnologias da informação e da comunicação em âmbito estatal no Brasil, com o objetivo de contribuir para uma melhor percepção do contexto que envolve a matéria, sem deixar de ressaltar que existem outros diplomas legislativos de fundamental importância nesse cenário, que não foram referenciados para não se afastar do objetivo principal deste trabalho.

### 3.2. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE GOVERNO ELETRÔNICO A PARTIR DOS RELATÓRIOS DA ONU

Como referido, a noção de governo eletrônico é multidisciplinar, abrangente e ainda está em construção.

Desde 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU) divulga relatórios de governo eletrônico, que são considerados importantes instrumentos para a transparência e controle social dos governos:

E-government must be given serious consideration also in the developing countries not only for its potential for stronger institutional capacity building, for better service delivery to citizens and business (thus increasing

local social and economic development), for reducing corruption by increasing transparency and social control, but also for - showing the way to the civil society and business community (ONU, 2002, p. 6).

Já no primeiro relatório de programas nacionais de governo eletrônico, a ONU conceituava governo eletrônico como sendo o conjunto de todas as plataformas tecnológicas de informação e comunicação e aplicações em uso pelo setor público:

E-governance is the public sector's use of the most innovative information and communication technologies, like the Internet, to deliver to all citizens improved services, reliable information and greater knowledge in order to facilitate access to the governing process and encourage deeper citizen participation. It is an unequivocal commitment by decision-makers to strengthening the partnership between the private citizen and the public sector (ONU, 2002, p. 54).

Em relatórios que sucederam, como o apresentado em 2005, a definição passa a considerar de forma mais enfática noções de governança eletrônica:

The definition of e-government may vary from survey to survey. A few define e-government, and measure it, by assessing G2C and some G2B services. Others may focus on sophisticated issues of privacy and/or e-procurement. A few may delve into assessing government provision of state and local level services. Almost all allow a qualitative assessment in their numerical scores. (...) The UN Global E-government Survey 2005 assesses Member States from the perspective of human development and the delivery of basic services to the citizen such as education, health, employment, finance and social welfare alone (ONU, 2005, p. 18).

Essa edição do relatório tinha por enfoque justamente a passagem do governo eletrônico à inclusão eletrônica, assentando expressamente a construção de “uma sociedade da informação inclusiva, centrada nas pessoas, colocando o potencial das tecnologias da informação e comunicação a serviço do desenvolvimento e enfrentando novos desafios da sociedade da informação” (ONU, 2005, p. 4)<sup>42</sup>.

Fica evidente, assim, a referência à perspectiva de influência no desenvolvimento humano, reafirmando a noção de que governo eletrônico não se refere apenas ao uso de tecnologia ou provimento de serviços por meios eletrônicos.

---

<sup>42</sup> Tradução livre. No original: “...building a people-centred and inclusive information society, putting the potential of information and communication technologies at the service of development and addressing new challenges of the information society”.



No relatório de 2008 amplia-se ainda mais a ideia de governo eletrônico, reforçando sua importância para a eficiência e transparência no setor público:

In the current era of technological advancement that is taking place all over the world, a new kind of rationalization has been introduced in the public sector by the use of modern information and communication technologies (ICTs). Increasingly the use of ICT tools and applications is leading to transformational shifts in public policy, processes and functions. E-government is being deployed not only to provide citizen services but for public sector efficiency purposes, improving transparency and accountability in government functions and allowing for cost savings in government administration. ICTs are changing the way the government does business for the people. In this context, e-government is seen to be a lever for the transformation of government (2008, p. 2).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, define governo eletrônico “O uso de tecnologias da informação e da comunicação, e particularmente da Internet, como ferramenta para conseguir um melhor governo” (OECD, 2003, p. 23)<sup>43</sup>.

Na mesma linha, a Rede Pública de Administração das Nações Unidas (UNPAN) traz uma visão do governo eletrônico que enfatiza seu papel em relação ao processo democrático:

E-government can transform governments by making them more accessible to their citizens. In addition, through e-government, governments can become more accountable, effective and transparent. A properly implemented e-government strategy will enhance and cement the bond between the government and its citizens. The bond will enable the government to have confidence that its policies are in the best interest of its citizens and furthermore, that its policies have been influenced by their inputs (ONU, 2007, p. 169).

Tais definições não se restringem ao uso das tecnologias da informação e da comunicação pelos governos. Pelo contrário, vão além, relacionando governo eletrônico com o estabelecimento de políticas públicas mais efetivas quanto à eficiência e transparência dos governos, maior qualidade dos serviços públicos oferecidos eletronicamente, possibilidade de maior engajamento dos cidadãos e integração com outros programas de modernização e reforma do setor público.

Sucessivamente, em periodicidade bianual, continuam sendo publicados estudos sobre governo eletrônico da ONU e, a cada edição, amplia-se a noção de governo eletrônico,

---

<sup>43</sup> Tradução livre. No original: “The use of ICTs, and particularly the Internet, as a tool to achieve better government”.

ganhando novos contornos e enfoques, culminando com sua décima edição - 2018 - que enfatiza justamente uma perspectiva de governo eletrônico a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, conforme será abordado com mais detalhes na próxima seção.

### 3.3. ESTUDO SOBRE GOVERNO ELETRÔNICO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS 2018

Em 2018, a Organização das Nações Unidas publicou o Estudo sobre Governo Eletrônico da Organização das Nações Unidas, com o tema “orientar o governo eletrônico para apoiar a transformação rumo a sociedade sustentáveis e resilientes”, doravante denominado apenas de Estudo.

O Estudo foi publicado em um momento marcado por mudanças tecnológicas rápidas e contundentes, e no terceiro ano da implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por parte dos Estados-membros.

Constitui-se de uma por uma parte analítica e outra com dados sobre o desenvolvimento do governo eletrônico, que é apresentada nos anexos da publicação. Também monitora o progresso de desenvolvimento do governo eletrônico a partir do Índice de Desenvolvimento de Governo Eletrônico (E-Government Development Index – EGDI) (ONU, 2018, p. xxv).

Com efeito, ele oferece novas análises e evidências para um maior aproveitamento do potencial do governo eletrônico para apoiar a Agenda 2030, examinando, particularmente, como os entes públicos podem usar o governo eletrônico e as tecnologias de informação para construir sociedades sustentáveis e resilientes:

Adversidades de vários tipos podem desviar o avanço rumo ao cumprimento da Agenda 2030. Fortalecer a resiliência está no centro de todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e isso é essencial para o progresso sustentável. Fortalecer a resiliência assegurando que pessoas, sociedades e instituições tenham recursos, capacidades e conhecimentos para limitar, antecipar, absorver e adaptar-se a adversidades é algo que sustenta todos os ODS. Os governos são responsáveis por procurar políticas para construir resiliência e prestar auxílio aos mais afetados. O Estudo sobre Governo Eletrônico da Organização das Nações Unidas de 2018 considera os meios através dos quais, ao fazer uso das tecnologias digitais, os governos podem e estão a responder a adversidades provenientes de desastres naturais ou causados pelo homem, bem como vários outros tipos de crises. O Estudo reconhece a progressiva dependência de tecnologias digitais na gestão de respostas de emergência, executando funções essenciais e promovendo com rapidez a recuperação em situações de crise. Por exemplo, os governos estão a aumentar o uso de Sistemas de Informação Geográfica (SIG), dados

abertos, serviços de governo eletrônico e tecnologias pioneiras, tais como a Inteligência Artificial e Blockchain, para acelerar respostas e fortalecer a resiliência (ONU, 2018, p. xxiii).

Outro enfoque importante para fins do que se propõe a partir do presente estudo, é do governo eletrônico como uma ferramenta para melhorar a prevenção e resposta a desastres:

O Estudo apresenta uma visão geral sobre desastres naturais, a consequente perda de vidas e a devastação econômica e as formas através das quais os países e regiões são diretamente afetados. Os desastres naturais continuam a limitar os esforços dos Estados-Membros em direção ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável. São especialmente preocupantes a exposição e a vulnerabilidade de países em desenvolvimento sem litoral, países menos desenvolvidos e pequenos estados insulares em desenvolvimento. Frequentemente, estes países não têm os mecanismos adequados para enfrentar desastres naturais, principalmente quando confrontados com múltiplas situações de risco. As perdas resultantes da infraestrutura danificada, incluindo escolas, habitação e estabelecimentos de saúde, podem ser imensas e comprometer o desenvolvimento durante gerações. Acordos globais, como o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, que estimulam a incorporação de preocupações com riscos de desastres em todos os setores, são detalhados. As TIC têm um papel importante na garantia de que a resposta a desastres e o processo de recuperação sejam rápidos e eficientes. De fato, as TIC são reconhecidas como um facilitador do suporte de todas as fases da gestão de riscos de desastres, desde a prevenção, redução e preparo até à resposta e recuperação. O Estudo enfatiza a necessidade de proteger a estrutura crítica das TIC dos impactos dos desastres (ONU, 2018, p. xxvi).

Enfatiza-se, assim, como, por meio de ferramentas de tecnologia de informática e comunicação, características da noção de governo eletrônico, que é possível avançar na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Ademais, existe uma expressão que é muito destacada no Estudo e que marca o já referido documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que é de que os serviços públicos devem estar disponíveis para todos, não deixando ninguém para trás: “Serviços básicos, tais como saúde, educação, água e saneamento, assim como infraestrutura e serviços adequados, são essenciais para apoiar o desenvolvimento e melhorar a qualidade de vida” (ONU, 2018, p. xxiii).

Mais um elemento que é de fundamental importância é a constatação de que os poderes transformadores e facilitadores das tecnologias de informática e comunicação têm sido responsáveis por uma mudança de paradigma no setor público, que deve levar em conta que, “apesar da enorme influência do

setor, os governos permanecem responsáveis pela qualidade, pelas normas e pela ética dos serviços públicos e por assegurar que ninguém seja esquecido” (ONU, 2018, p. xxv).

Daí a insistência de que as novas tecnologias, aliadas as já existentes, são fundamentais nesse sentido.

De toda forma, também se adverte que, apesar dos avanços tecnológicos na área do governo eletrônico, um mundo cada vez mais digitalizado carrega consigo riscos, incluindo ameaças crescentes à coesão social e à prosperidade econômica, assim como desafios globais relacionados com as mudanças climáticas e com o stress ambiental, sendo que o Estudo de 2018 avalia a capacidade dos governos para confrontar essas ameaças e desafios.

Nesse sentido, o Estudo destaca uma possível faceta negativa do uso das novas tecnologias, que se daria a partir da exclusão social:

O uso de ferramentas online oferece uma oportunidade para a inclusão digital, mas também o risco de uma nova forma de exclusão devido ao acesso insuficiente em países com baixos rendimentos, seja por falta de dispositivos ou de serviço de Internet de banda larga. O Estudo também indica que a maior facilidade na forma como a informação é reunida, armazenada, analisada e disseminada, o custo decrescente e a cobertura das assinaturas de telefones móveis e banda larga móvel, melhoraram a prestação de serviços a populações vulneráveis (ONU, 2018, p. xxiv).

Pensando na construção da resiliência do governo eletrônico, o Estudo dá especial atenção a outro fator de extrema importância na perspectiva de governo eletrônico: a cibersegurança.

Ao mesmo tempo em que está expandindo a adoção das tecnologias de informática e comunicação na comunidade global, como um mecanismo que visa facilitar o desenvolvimento social e econômico, deve-se advertir que o uso inadequado pode afetar questões relativas à segurança do Estado, bem como proteção de indivíduos e empresas. Disso decorre a importância de os entes públicos melhorarem a gestão de abordagens orientadas pelas tecnologias de informação e comunicação para garantir a continuidade de serviços online, bem como para proteger os dados e a privacidade das pessoas (ONU, 2018, p. xxvii).

Também se propõe uma mudança nos procedimentos existentes e maior conscientização sobre cibersegurança entre funcionários públicos, citando, como exemplo, o

aumento de ataques de ransomware e campanhas indiscriminadas, que distribuem enormes volumes de emails nocivos (ONU, 2018, p. xxvii).

As dificuldades mais comuns à resiliência do governo eletrônico são formação e acessibilidade insuficientes, além de carência do que se costuma denominar “literacia digital”:

Há uma necessidade por confiança, segurança e privacidade, que podem ser estabelecidas através das seguintes medidas de cibersegurança: (i) adotar um conjunto de leis alinhadas nos âmbitos regional e internacional contra o uso inadequado das TIC para propósitos criminais ou outros fins prejudiciais; (ii) integrar capacidades técnicas adequadas para detectar ciberataques e reagir a eles e para assegurar um clima de confiança e segurança; e (iii) estabelecer critérios de segurança mínimos e esquemas de acreditação para aplicações e sistemas de software. Um sistema seguro de governo eletrônico requer colaboração entre fornecedores, indústrias e fabricantes para garantir que os mecanismos sejam seguros desde a concepção e que os utilizadores possam interagir com eles para executar atualizações e alterar configurações, entre outras atividades. A transformação digital deve ser cuidadosamente traçada e continuamente atualizada para assegurar segurança e relevância ao longo do caminho rumo ao desenvolvimento sustentável (ONU, 2018, p. xxvii).

Em uma seção denominada “Transformar as cidades para aumentar a resiliência e a sustentabilidade”, o Estudo oferece uma visão geral de modelos de avaliação e apresenta os resultados de um estudo piloto conduzido em 40 municípios pelo mundo. Os desafios e as oportunidades de aplicar a governação eletrônica ao nível local são demonstrados a partir de casos específicos.

O Estudo dá destaque ao papel do governo eletrônico em nível local no que diz respeito ao fortalecimento da resiliência e da sustentabilidade, uma vez que teria papel fundamental na melhoria dos serviços públicos, no envolvimento dos cidadãos e na transparência e prestação de contas.

Os processos da Administração Pública estão sendo reformulados para integrar essas políticas nos esforços de planejamento e desenvolvimento locais, disso decorrendo que tais administrações têm de se esforçar para acompanhar a velocidade da inovação tecnológica.

Políticos, responsáveis pela formulação de políticas públicas e membros do governo estão a criar novas políticas para promover a resiliência e a sustentabilidade, especialmente nas áreas de erradicação da pobreza, a igualdade de oportunidades para todos, assistência a grupos vulneráveis, o desenvolvimento e o planejamento territorial, o desenvolvimento econômico, o crescimento inteligente, a prevenção da poluição, a conservação de energia, recursos e água, o transporte público no centro das cidades, os projetos ecológicos e a energia alternativa (ONU, 2018, p. xxvii).

A melhoria do governo eletrônico no âmbito local não pode ser dissociada da procura pelo cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável. A Agenda 2030, reconhece a importância da inovação tecnológica na implementação dos objetivos e traz referenciais teóricos específicos à necessidade de informações de qualidade e confiáveis, incluindo a observação do planeta Terra e informação geoespacial:

Muitos objetivos específicos da Agenda 2030 estão direta ou indiretamente relacionados com os indicadores locais de avaliação do governo eletrônico. Os governos locais são, na verdade, os formuladores de políticas públicas e os catalisadores das mudanças. Também são o nível de governo melhor posicionado para unir os ODS às comunidades locais. O desenvolvimento de serviços eletrônicos e o número crescente de cidadãos a participar nos processos de tomada de decisão vão motivar esforços para atingir os ODS e ajudar a tornar as cidades sustentáveis, inclusivas, seguras e resilientes (ONU, 2018, p. xxviii).

Por fim, o Estudo conclui que o governo eletrônico começou por trazer serviços *online*, mas o futuro diz respeito ao poder do governo digital para impulsionar inovação e resiliência social e transformar a governança para melhorar o alcance dos ODS.

#### **4 O PODER DO GOVERNO ELETRÔNICO PARA TRANSFORMAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MELHORAR O ALCANCE DOS ODS**

Diante do cenário traçado até aqui, resta evidenciado que a rápida evolução tecnológica afeta o governo eletrônico, sendo de grande importância a análise de possíveis aplicações para os ODS.

Deve-se considerar que tal fenômeno tem o potencial de transformar a forma tradicional de implementação das funções estatais, destacando, especialmente, como as tecnologias de informação e comunicação oferecem aos governos uma oportunidade sem precedentes de alcançar o desenvolvimento sustentável e aumentar o bem-estar da população.

No que diz respeito às tendências globais de governo eletrônico, tem-se que a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável introduz o conceito de governança baseada em dados, que são a chave para a tomada de decisões.

Conforme mencionado na seção 1, além da previsão de meios de implementação e de parcerias globais, a Declaração prevê um roteiro para acompanhamento e revisão, o que ocorre a partir do tópico 47, enfatizando a importância de indicadores para ajudar neste trabalho e o desafio de até 2030 aumentar significativamente a disponibilidade de “dados desagregados de qualidade, acessíveis, atualizados e confiáveis (...) para ajudar na medição do progresso e para garantir que ninguém seja deixado para trás” (ONU, 2015).

O fato é que o Estado, funcionando com base na criação e aplicação de regras, constitui o mais complexo procedimento de formação, transmissão e difusão dos dados simbólicos relativos à conduta humana (FROSINI, 1977, p. 41), sendo a máquina estatal um imenso sistema de informações e comunicações.

Nessa perspectiva, a Administração Pública, mais do que influenciada pela revolução tecnológica, é, na verdade, protagonista da sociedade da informação (MERLONI, 2005, p. 3), tendo especial interesse em aproveitar as ferramentas de acessibilidade, amplitude e confiabilidade que oferecem os atuais sistemas de tratamento da informação, cuja definitiva incorporação às atividades estatais representa a base do seu processo de modernização administrativa (ASÍS ROIG, 1996, pp. 140-141).

Para Manãs (2011, pp. 29-30), a revolução tecnológica se diferencia das que se desenvolveram anteriormente no fato de que, em relação a estas, aquela não apenas aporta inovação tecnológica, como é capaz de, por si mesma, gerar conhecimento:

Surge del conocimiento y se basa en el conocimiento, pero al mismo tiempo genera ella misma conocimiento del que a sua vez se nutre para generar nuevas tecnologías que generan nuevo conocimiento. (...) la revolución tecnológica tiene y sin duda va a tener en relación con la Administración Pública y el derecho administrativo no puede circunscribirse al míope e incluso aburrido (...) ámbito de los procedimientos, o las notificaciones telemáticas, por decir algo, sino que ha de provocar una profunda reflexión acerca del surgimiento de una nueva Administración, que muy poco tiene que ver con la actual.

(...)

La revolución tecnológica (...) influye (debe influir) decisivamente en la Administración tradicional. El uso de nuevas tecnologías permite e exige una Administración más eficaz y eficiente, más cercana al ciudadano, más moderna, más rápida. Que permita ofrecer a los ciudadanos un mucho mejor servicio.

Pero al mismo tempo, exige uma Administración más transparente, más democrática, más controlada, más accesible, más respetuosa com la privacidad.

De toda forma, tendo em conta as premissas que sustentam a noção de governo eletrônico, é necessário considerar que a efetiva concretização de suas potencialidades a partir da utilização das tecnologias da informação e da comunicação na Administração Pública, prescinde de mudanças culturais e estruturais.

#### 4.1. DA NECESSÁRIA MUDANÇA CULTURAL E ESTRUTURAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Muito da resistência à efetiva aplicação das novas tecnologias em âmbito estatal decorre de vícios de uma prática administrativa excessivamente burocratizada (TORRIJOS, 2009, p. 19), muitas vezes relacionada a formas e métodos de atuação cristalizados, bem como visões fragmentadas da atuação administrativa, em que as várias atividades especializadas são desempenhadas em paralelo. Tais práticas se manifestam em grande parte no comportamento dos servidores e, conseqüentemente, refletem-se na relação entre a Administração e o usuário.

Também há que se ter em conta a diferença considerável existente entre a cultura administrativa tradicional e a cultura computacional e dos sistemas de informação ou, ainda, entra a cultura do papel e a cultura da internet:

O êxito do governo eletrônico demanda novos valores e atitudes, para considerar as alternativas oferecidas ou exigidas pelas novas tecnologias, especialmente em relação à abertura, ao compartilhamento, à cooperação e à transparência, repensando a lógica das relações entre os organismos públicos e entre estes e os particulares (BREGA, 2015, p. 31).

Emerge, também, a necessidade de integrar as diversas áreas do acontecimento, para potencializar as possibilidades oferecidas pelas tecnologias da informação e da comunicação no âmbito da Administração Pública, permitindo acesso a dados confiáveis e que conduzam a políticas públicas com resultados efetivos, tal como preconizado pela Agenda 2030:

Mais que uma consequência do progresso tecnológico, o governo eletrônico deve ser produto de um trabalho interdisciplinar, que possibilite o diálogo entre os conhecimentos das áreas de direito, ciência da administração e tecnologia da informação. Assim, os projetos de informatização, além de



considerar os aspectos relativos aos sistemas computadorizados, devem estar baseados em um conhecimento consistente das normas, estruturas e funcionamento da Administração Pública (BREGA, 2015, p. 32).

As citadas mudanças culturais devem estar associadas, igualmente, a transformações estruturais, como um esforço de racionalização da atividade e da gestão administrativa, a fim de compatibilizá-la com os requisitos próprios dos sistemas informáticos e telemáticos, associada a uma espécie de mudança de paradigma, consistente na passagem de uma Administração fortemente verticalizada para uma Administração mais horizontal<sup>44</sup>:

Na administração tradicional predomina uma organização piramidal, própria da era industrial e por vezes semelhante ao modelo hierárquico-militar, com procedimentos estruturados como séries de atos praticados por órgãos estanques, pouco incentivo para a cooperação e sem compartilhamento de informações, o que leva a uma fragmentação da atuação administrativa, vista atualmente como antítese da eficácia administrativa. Já o governo eletrônico exige uma organização em rede, com intensa troca de informações e integração entre sistemas, que possibilita a cooperação entre diversos órgãos administrativos, estruturados para atender as necessidades reais dos cidadãos e do setor privado, os quais passam a estar integrados às atividades administrativas, na condição de colaboradores (BREGA, 2015, p. 34).

Diante das transformações ocorridas em temas clássicos de Direito Administrativo, de modo especial a partir da chamada “Reforma Administrativa”, introduzida por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, ascenderam novos temas, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a questão da consensualidade e da governança, bem como consolidaram-se os esforços para uma atuação administrativa voltada para o cidadão (e não ao poder).

No setor público tem ocorrido crescente pressão por uma prestação de serviços mais qualificada não só por parte dos órgãos de controle, mas, acima de tudo, por parte dos próprios usuários.

A propósito da questão, destaca Manãs (2011, p. 26),

Sigo pensando que la ecuación “Adminsitación Pública-Nevas Tecnologias” va munho más allá que una simple evolución havia una Administración más eficaz y moderna. No basta subrayar sólo el hecho de que las

---

<sup>44</sup> Acerca da superação do modelo de Administração verticalizada e centrada na supremacia do interesse público, diante das novas e contemporâneas feições do Direito Administrativo, indica-se a leitura de: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, na qual a autora faz uma análise detalhada da doutrina nacional e estrangeira que lança razões de superação da visão tradicional de Administração Pública.

Administraciones Públicas deben modernizarse al son de los avances tecnológicos, y adaptar en consecuencia su organización y procedimientos a la nueva y siempre mutable realidad, sino de proponer la necesidad de reconsiderar el concepto mismo de Derecho Administrativo y Administración. Ello implica llevar a cabo una reflexión teórica, ausente todavía entre nosotros salvo valiosas y conocidas excepciones, y sin embargo necesaria por el hecho de que las nuevas tecnologías son producto de la evolución de la ciencia y del conocimiento pero al mismo tiempo son capaces de generar ellas mismas conocimiento y romper viejos límites espaciales y temporales que están en la base misma del Derecho Administrativo y que poco a poco van siendo superados por recursos tecnológicos hasta hace poco impensables y con un futuro imposible de predecir.

Por outro lado, adverte que não se deve deixar levar pela ideia de que apenas está-se diante da novidade do uso de meios telemáticos por tarde da Administração, sendo necessária uma adequação de procedimentos: “Cabría pensar que la revolución tecnológica debería acarrear (sólo) una gran reforma administrativa, al objeto de adecuar lo público a las exigências y posibilidades de las nuevas tecnologías” (MAÑAS, 2011, p. 28).

Para o autor, “(...) “un buen desarrollo del gobierno electrónico permite avanzar en una triple finalidad: atención al ciudadano, buen gobierno y desarrollo de la democracia” (MAÑAS, 2011, p. 41).

Destarte, para continuar a cumprir suas funções, a serviço de todos os cidadãos, o Estado não pode ficar alheio à revolução tecnológica, sendo necessária uma adequação da visão tradicional de Administração Pública à perspectiva de sociedade em rede.

A adaptação às mudanças produzidas pelo desenvolvimento tecnológico no campo da informação e da comunicação é um processo fundamental para as Administrações Públicas no novo contexto da sociedade da informação do século XXI.

Limberger (2015, p. 2655) bem sintetiza tal cenário:

Um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados que redunde em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência na atividade pública. (...) A sociedade democrática reivindica o pluralismo informativo, o livre acesso e a circulação de informações.

Tendo como referenciais as expressões *ciberciudadanía@* ou *ciudadanía.com*, Pérez Luño (2004, p. 100-106) analisa que as novas tecnologias, notadamente a internet, ao se destacarem em âmbito jurídico-político na forma de teledemocracia,

provocam um dilema fundamental, de cuja alternativa depende o futuro da cidadania: como aspecto positivo, a possibilidade de afirmação de uma *cibercidadania*, um novo tipo de cidadania, que implique em um novo modo mais autêntico, profundo e baseado em parâmetros tecnológicos do presente, para uma participação política com vocação planetária; contudo, também poderia emergir um aspecto negativo desses processos, com a criação de uma indesejável *ciudadania.com*, cujo titular reste degradado a mero sujeito passivo da manipulação de poderes públicos e privados:

A teledemocracia (...) pode ser o principal canal para promover a participação política mais autêntica, plena e efetiva nas democracias do século XXI, em termos de cibercidadania; ou para degenerar em um fenômeno de colonização e controle da vida cívica, restando degradada em visões indesejáveis de *ciudadania.com*” (PÉREZ LUÑO, 2004, pp. 100-106).

Retornando à proposta da Agenda 2030 e seu quadro de objetivos e respectivas metas, importante salientar que sua estrutura prevê meios de implementação e de parcerias globais, além de um roteiro para acompanhamento e revisão.

Quanto ao ODS 11 e ao ODS 16, os objetivos e metas se traduzem, em essência, na orientação do governo eletrônico para apoiar a transformação rumo a sociedades sustentáveis e resilientes, reconhecendo que a promoção de instituições fortes, inclusivas e transparentes, a manutenção da paz e o respeito aos direitos humanos baseados no Estado de direito são a base para o desenvolvimento humano sustentável.

O fato é que a efetivação de tais objetivos prescinde de uma sistemática e crescente implementação e aperfeiçoamento das premissas que sustentam a noção de governo eletrônico, não apenas em relação à utilização das tecnologias da informação e da comunicação, mas também da participação dos cidadãos, enfatizando seu papel em relação ao processo democrático.

Nesse contexto, o acesso à informação (e, portanto, a transparência), juntamente com a participação cidadã, têm papel de destaque, como evidencia Barrera (2019, p. 331):

Dentro de la administración pública, la participación ciudadana es el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran así como personas em situación de vulnerabilidade.

(...) el acceso a la informacion cumple con un objetivo, un porqué, un para qué, un compromiso, um quehacer, lo que debe beneficiar al bien común, al buscar la solución de las diversas problemáticas sociales, porque conociendo los objetivos, los porqués, los paraqués, los compromisos y los diversos quehaceres se esperan mejores resultados, que deberán ser reflejados en los indicadores de avance o retroceso de las propias problemáticas.

(...)

Como es sabido, el acceso a la información pública constituye um derecho humano fundamental, reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos comparados y supranacionales, por el cual se permite a toda persona acceder a datos, registros, expedientes y cualquier tipo de información que se encuentre em poder de autoridades públicas o privadas que lleven adelante cometidos públicos.

Ademais, conforme destaca Limberger (2016, p. 206),

Quando o poder estatal faz uso das novas tecnologias para tornar disponível a informação pública na internet, permite a participação dos cidadãos nos assuntos públicos, propicia o controle social e, consequentemente, a fiscalização do gasto estatal, a isto se denomina “cibertransparência”.

De toda forma, Manãs (2011, p. 50) adverte que o respeito aos direitos fundamentais não pode passar ao largo dessa discussão, notadamente o direito à proteção de dados de caráter pessoal<sup>45</sup> e o direito à transparência:

El respeto a los derechos fundamentales es especialmente relevante. El uso de nuevas tecnologías implica una posibilidad de injerencia en los derechos difícilmente imaginable. Y ello por muchos motivos. Por un lado porque tales injerencias pueden pasar en la mayoría de los casos desapercibidas (...) por otro lado, porque el uso de las nuevas tecnologías es sin duda un elemento democratizador en potencia, pero también podría llegar a incrementar la brecha digital, y con ello la desigualdad entre sectores sociales. En fin, porque el recurso a las nuevas tecnologías puede llegar a producir, paradójicamente, una Administración menos transparente. Pór ello, es necessário subrayar, más ahora en un momento en que la Administración Electrónica va a consolidarse definitivamente, la necesidad de pleno e efectivo respeto a los derechos fundamentales, y en particular, al derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la transparencia.

Por fim, ainda no tocante à utilização das ferramentas propiciadas pelas tecnologias da informação e da comunicação para aperfeiçoamento democrático, Limberger (2016, p. 213) destaca a importância da educação e da formação cultural:

---

<sup>45</sup> A respeito de tal questão, em especial acerca da existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa, recomenda-se a leitura de: LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Considerando a veiculação existente na rede informática, tem-se que não é qualquer comunicação que significa informação, mas somente aquela que contribui para a formação cultural da cidadania, ou seja, aquela conectada com os princípios e valores constitucionais. Neste contexto, a informação pública disponibilizada em rede, acessada e compreendida adequadamente, serve à instrumentalização dos valores democráticos.

(...)

Desta maneira, para a compreensão do fenômeno informático, suas relações e repercussões na rede, é importante atentar ao aspecto cultural. Tal significa ter em conta as diversidades de cada Estado. E, dentro dos países com heterogeneidade cultural, considerar as distinções que podem facilitar e dificultar a informação pública veiculada por meio das novas tecnologias. Assim, os dados disponibilizados na internet podem ter uma consulta e uma compreensão diversas, tendo em vista os diferentes níveis culturais.

Com efeito, todo esse panorama percorrido revela justamente o poder que o governo eletrônico tem de transformar a Administração Pública e melhorar o alcance dos ODS.

O desenvolvimento propiciado pela revolução tecnológica no que diz respeito à ampliação do acesso e circulação da informação, de forma cada vez mais compacta e rápida, bem como a garantia de sua conservação e segurança, permitem, assim, maior segurança na tomada de decisões, interconexão, transparência, controle e participação social.

Em relação aos objetivos e metas de desenvolvimento sustentável, avulta seu importante papel de assegurar os meios de implementação e parcerias, além da avaliação dos resultados e possíveis correções de rumo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” é composto por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, e constitui-se em um compromisso adotado pelos Estados-membros da ONU de tomar medidas efetivas para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos, sem deixar ninguém para trás.

Consoante analisado, os objetivos são integrados e indivisíveis. O ODS 11 e o ODS 16, em particular, conectam-se no reconhecimento de que instituições fortes, inclusivas e transparentes são essenciais para a construção e a gestão dos espaços urbanos, e, conseqüentemente, para o desenvolvimento sustentável e a resiliência dos assentamentos humanos.

Objetivando construir o elo de ligação entre referida temática e o denominado governo eletrônico, adotou-se uma visão ampliada, que considera a utilização das tecnologias da informação e da comunicação nas atividades típicas da Administração em conjunto com a democracia eletrônica.

Passando pelo tratamento jurídico da incorporação de referidas tecnologias em âmbito estatal no Brasil e, pela construção do conceito de governo eletrônico a partir dos relatórios da ONU, destacou-se sua importância como instrumento de transparência e controle social dos governos, reafirmando que essa visão ampliada é a que melhor contempla seu real alcance.

O diálogo que se estabelece entre a perspectiva do governo eletrônico e os objetivos de desenvolvimento sustentável se confirma com o tema escolhido pela ONU no Estudo de 2018: orientar o governo eletrônico para apoiar a transformação rumo a sociedades sustentáveis e resilientes.

O Estudo propicia, assim, novas análises e evidências para um maior aproveitamento do potencial do governo eletrônico para apoiar a Agenda 2030, examinando, em especial, como os entes públicos podem usar o governo eletrônico e as tecnologias de informação para construir sociedades sustentáveis e resilientes, bem como melhorar a prevenção e resposta a desastres.

Em relação ao Estudo, também se percebe a função de destaque dada ao governo eletrônico em nível local, principalmente por seu importante papel de formular políticas públicas e catalisar mudanças, desenvolvendo serviços eletrônicos e engajando os cidadãos nos processos de tomada de decisão.

Todo o panorama traçado acaba por confirmar o poder do governo eletrônico para transformar a Administração Pública e melhorar o alcance dos ODS, salientando que os entes públicos são verdadeiros protagonistas da sociedade da informação.

De toda forma, também se ressalva a importância de uma mudança cultural e estrutural da Administração Pública para potencializar sua consolidação, a partir de uma adequação da feição tradicional de Administração Pública à perspectiva de sociedade em rede.

A efetivação dos ODS requer uma sistemática e crescente implementação e aperfeiçoamento das premissas que

sustentam a noção de governo eletrônico, não apenas em relação à utilização das tecnologias da informação e da comunicação, mas também da participação dos cidadãos, enfatizando seu papel em relação ao processo democrático.

Por fim, conforme destacado no próprio Estudo sobre governo eletrônico da Organização das Nações Unidas de 2018, as primeiras ações desencadeadas pelo governo eletrônico foram representadas por serviços *online*, mas os próximos passos, dizem respeito justamente ao poder do governo digital para impulsionar inovação e resiliência social, e, transformar a governança para melhorar o alcance dos ODS.

## REFERÊNCIA

ARANA MUNÓZ, Jaime Rodriguez; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno** (Comentarios Ley nº 19/2013). Granada: Comares, 2014.

ASÍS ROIG, Agustín de. Documento electrónico en la Administración Pública. In: GALLARDO ORTIZ, Miguel Ángel (org.). **Ámbito Jurídico de las tecnologías de la información**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

BARRERA, Myrna Elia García. El derecho de acceso a la información pública. In: PONCE, Julio Núñez. **El derecho de las TIC em Iberoamerica**. Uruguay: Editorial La Ley de Uruguay, 2019.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto de 18 de outubro de 2000**. Brasília: 2000.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 8.638 de 15 de janeiro de 2016**. Brasília: 2016a.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 8.936 de 19 de dezembro 2016**. Brasília: 2016b.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 9.319 de 21 de março de 2018**. Brasília: 2018.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 10.332 de 28 de abril de 2020**. Brasília: 2020.

BREGA, José Fernando. **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. I, 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. A governança da internet no Brasil. In: XXIII Congresso Ibero-americano de Direito e Informática, 2019, São Paulo. **Memórias do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática**. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019, pp. 117-129.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FROSINI, Vittorio, **Cibernetica diritto e società**, 3. ed., Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

FROSINI, Vittorio. **L'umo artificiale: ética e diritto nell'era planetária**. Milano: Spirali Edizione, 1986.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos Municípios Gaúchos**. v. 08, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2651-2669.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência - Informação Pública em Rede - A virtualidade e suas repercussões na realidade**. 1. ed. v. 01. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, J. M. L.; MELLO, R. C. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, v. 13, 2016, p. 337-354.

LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Novas Tecnologias e direitos humanos: uma reflexão a partir da esfera pública**. Revista Espaço Jurídico, v. 17, 2016, p. 843-868.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017,

MERLONI, Francesco. Sviluppo dell'e-government e riforma delle amministrazioni. In: MERLONI, Francesco. **Introduzione all'e-government**. Torino: G. Giappichelli, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia: crise e superação**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OLIVER, E. Lynn; SANDERS, Larry. **E-Government Reconsidered: Renewal of Governance for the Knowledge Age**. Regina: Canadian Plains Research Center, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**: ONU, Nova Iorque, 2000. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/tema/odm/amp/>>. Acesso em: 01 de abril. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**: ONU, Nova Iorque, 2015. Disponível em: < <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 10 de abril. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (DPEPA/ASPA). **Benchmarking E-government: A Global perspective**: ONU, Nova Iorque, 2002. Disponível em: < [https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/E-Library%20Archives/2002%20Benchmarking%20E-government\\_A%20Global%20Perspective%20-%20Assessing%20the%20UN%20Member%20States%20\(2002\).pdf](https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/E-Library%20Archives/2002%20Benchmarking%20E-government_A%20Global%20Perspective%20-%20Assessing%20the%20UN%20Member%20States%20(2002).pdf)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (DPEPA/ASPA). **UN Global E-government Readiness Report 2005: From E-government to E-inclusion**: ONU, Nova Iorque, 2005. Disponível em: < <https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/E-Library%20Archives/UN%20E-Government%20Survey%20series/UN%20E-Government%20Readiness%20Report%202005.pdf>>. Acesso em: 29 abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (DESA). **E-Government Survey 2008. From e-Government to Connected Governance**. ONU, Nova Iorque, 2008. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/E-Library%20Archives/UN%20E-Government%20Survey%20series/UN%20E-Government%20Survey%202008.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2020.



ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **The E-Government Imperative**. Paris, 2003. Disponível em < <http://www.oecd.org/about/publishing/>>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNPAN). **Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens**. Nova Iorque, 2007. Disponível em: < <http://dag.un.org/handle/11176/89799?show=full> >. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (DPEPA/ASPA). **Estudo sobre Governo Eletrônico da Organização das Nações Unidas 2018**: ONU, Nova Iorque, 2018. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/UN%20E-Government%20Survey%202018%20Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes Del Derecho**. La ley: Madrid, 2011.

PINAR MAÑAS, José Luis (Director). Revolución tecnológica y nueva administración. In: **Administración electrónica y ciudadanos**. Civitas: Madrid: 2011.

PINAR MAÑAS, José Luis (Director). **Reglamento general de protección de datos: hacia a um nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Ed. Reus, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Trotta: Madrid, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**: Quali i diritti quali i vincoli. Roma: Editori Laterza, 2014.

TORRIJOS, Julián Valero. Las garantías jurídicas en la Administración electrónica ¿avance o retroceso?. In: **Cuenta com IGAE**. n.22. Madrid: IGAE, 2009, pp. 19-28.

# **[ CAPÍTULO 6 ]**

## **UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO RHC 145.225, DIANTE DA BASE ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Maísa Paulette OSTROWSKI<sup>46</sup>

Guilherme Carneiro de REZENDE<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: maisaostrowski@gmail.com.

<sup>47</sup> Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: guilhermec.rezende@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro foi promulgado em outubro de 1941, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, pelo Estado Novo. A informação traz em si um dado bastante importante, consistente nas bases ideológicas que inspiraram a sua edição.

Passados oitenta anos, o Digesto foi alvo de inúmeras reformas, que alteraram substancialmente a sua essência, sendo responsáveis por estabelecer uma estrutura basicamente acusatória, estabelecendo a absoluta necessidade de provocação do Poder Judiciário para a realização do direito material no caso concreto.

Não se pode negar a existência de um interesse estatal na implementação da sanção penal, em caso de descumprimento dos preceitos estatuídos na legislação penal. Trata-se de providência indispensável à manutenção da segurança no tráfego das relações sociais, decorrente do monopólio assumido pelo Estado, de resolver as lides penais, a fim de evitar que as paixões humanas pudessem interferir na racionalidade do sistema.

Justamente por isso, foram estabelecidas as diretrizes de atuação de cada um dos atores da persecução, a morfologia procedimental dos ritos, as hipóteses de cabimento das medidas cautelares, em atenção ao devido processo legal, garantia esculpida não apenas no catálogo dos direitos fundamentais, mas também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Um dos grandes avanços da legislação e, talvez a que tenha representado alterações mais sensíveis na legislação de regência, foi a possibilidade de atuação de ofício do magistrado no tocante às medidas cautelares, que no processo penal podem ser pessoais, patrimoniais e instrutórias.

O presente trabalho debruça-se sobre a polêmica decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 145.225, na qual ficou consignada a possibilidade de o Judiciário deferir medidas cautelares diversas das requeridas pelo Ministério Público, diante da novel redação dos artigos 282, §2º e 311 do Código de Processo Penal, que proibiu a atuação oficiosa do magistrado em relação às medidas cautelares, sobretudo a prisão.

Parte-se, outrossim, de uma análise da legislação que regulamenta o tema, bem assim, da produção acadêmica e jurisprudencial forjada no âmbito dos Tribunais Superiores, buscando estabelecer uma leitura crítica sobre o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no aludido aresto.

O estudo não pode prescindir de um exame minudente dos sistemas processuais existentes – inquisitório, acusatório e misto –, e de suas principais diretrizes, identificando a opção feita pelo Constituinte, e que será o referencial de nosso estudo.

## **2 A NOÇÃO DA PALAVRA “SISTEMA” POR IMMANUEL KANT**

É notório que o emprego da palavra “sistema” sempre foi amplamente difundida, como por exemplo, fala-se em sistema planetário, sistema operacional, sistema solar, sistema cultural, sistema econômico, dentre outros (GUIMARÃES, 2015). Desta feita, Norberto Bobbio (1995, p. 76) destaca que “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”.

A doutrina em geral, não tem o costume de enfrentar a definição da palavra e, essa ausência se torna um dos principais motivos pelo qual ocorrem discursos equivocados que proliferam nesse campo (GUIMARÃES, 2015). Assim sendo, antes de adentrar ao estudo dos sistemas processuais penais, cabe delimitar o que se entende sobre o termo “sistema”.

O filósofo Immanuel Kant [1724-1804] foi quem colocou ênfase sobre a palavra sistema, ligando os elementos a partir de um princípio unificador ou reitor ou fundante, o qual denominou por “ideia única” (COUTINHO, 2018).

Kant (2001) apresenta que todo sistema deverá ter um “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, que ele alcunha de “arquitetônico”, sendo que esta ideia fundante irá unificar todo o conhecimento. Conforme exemplificado, em suas próprias palavras:

Sob domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia (KANT, 2001, p. 669).

O que se tem, portanto, é que antes da elaboração do conceito kantiano, que foi elaborado em 1781, desde a Grécia antiga, passando pelo período imperial romano e percorrido toda a Idade Média, quando se falava em “sistema” o melhor que se conseguia era ficar próximo da visão de “organização” (GUIMARÃES, 2015).

Immanuel Kant (2001) ressalta ainda, que essa ideia necessita de um esquema, ou seja, de uma pluralidade e de uma ordenação das partes, as quais precisam ser essenciais e determinadas *a priori*, segundo o princípio definido pelo seu fim.

Por conseguinte, percebe-se que antes de Kant, a humanidade não teve compreensão sistemática e não construiu nenhum sistema processual penal *a priori*, partindo de uma ideia fundante e orientada por princípios unificadores (GUIMARÃES, 2015).

Corroborando a ideia, Lopes Junior (2016), ao tratar de sistemas processuais penais, consignou que, é necessário identificar o princípio informador de cada sistema, posto que ele definirá se está diante de um modelo acusatório ou inquisitivo, e não seus elementos acessórios.

Sendo assim, no presente estudo com o intuito de compreender melhor os sistemas processuais penais, será utilizado o conceito filosófico kantiano no que se refere à palavra sistema, o qual estabelece a existência de uma ideia fundante que será orientada por um princípio unificador.

## 2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de adentrar nas características do sistema acusatório propriamente dita e de sua origem, impende registrar que há distinção entre sistema acusatório e princípio acusatório, que por inúmeras vezes são utilizados na doutrina. Desse modo, será apresentado de forma breve a diferença entre os conceitos.

Conforme Vega (2013, p.1) o princípio acusatório “não é mais do que um dos princípios formadores do processo acusatório que regula aspectos bem específicos deste, cujo

conteúdo traz a separação da função do acusador e julgador” [tradução nossa].

Na mesma linha do raciocínio, está Silva Junior (2018) que entende que o princípio acusatório consiste em que o exercício da acusação seja realizado por um sujeito distinto do órgão julgador.

Ferrajoli (2002), por seu turno, concebe o sistema acusatório como sendo o sistema processual que contempla o juiz como um sujeito passivo, separado da acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentado a defesa em um juízo contraditório, oral e público que será resolvido pelo juiz, de acordo com a sua livre convicção.

Nesse cariz, a existência de autonomia entre os órgãos de defesa, acusação e julgador, é característica tanto do princípio, como do sistema acusatório. Ocorre que, por muito tempo, a doutrina concebia que o sistema acusatório consistia apenas na separação das funções de julgar e de um juiz imparcial. Mas longe disso, o sistema acusatório abrange todos os princípios e regras relativas ao processo penal, como dispõe Vega (2013):

O sistema acusatório por sua vez, implica na vigência dos princípios processuais e a sua aplicação de regras relativas à como se configura externamente o processo penal e no que se traz a separação acusador e julgador e na imparcialidade no indiciamento que este vai se atender, menciona os princípios e regras como o principal o princípio do contraditório, igualdade de armas, separação de funções de investigação-decisão, e propriamente a vedação a reformatio in pejus, e também o princípio acusatório. Esse sistema processual acusatório pressupõe uma gama de princípios e regras que somadas dão a configuração total do processo [tradução nossa] (VEGA, 2013, p.1).

Por sistema acusatório compreendem-se princípios fundamentais e regras relativas ao processo penal, sendo orientado pelo princípio central, qual seja, o princípio acusatório.

Neste contexto, cumpre salientar que o sistema acusatório é um processo de partes, em que a defesa e acusação se confrontam em igualdade e há um juiz que está sobreposto a ambas. Neste sistema, há uma nítida separação de atribuições e, historicamente, ostenta como características a oralidade e a publicidade (BADARÓ, 2010).

Registra-se, ademais, que esse sistema possui a denominação ‘acusatório’, pois ninguém pode ser processado sem que tenha uma acusação anteriormente formulada e que

o fato imputado ao acusado seja narrado e descrito em todas as circunstâncias (BRASILEIRO, 2020).

Segundo Lopes Junior (2016), a origem do sistema acusatório está ligada ao direito ateniense grego, no qual a persecução penal se desenvolve com a participação direta do povo no exercício de acusar e julgar. No processo penal grego, os delitos eram divididos em: público, para os delitos de maior gravidade e privado, para os delitos menos graves.

Neste âmbito, tem-se que o sistema acusatório possui duas etapas ao longo da história. Em um dado momento, na democracia antiga, o sistema acusatório desenvolve suas estruturas na Roma e Grécia, e posteriormente, no fim do século XVII, o sistema acusatório reaparece, com outras novas características, traços e adaptações, que não são historicamente identificados na pureza, como se verá posteriormente.

Retomando a origem do sistema acusatório, de acordo com Tourinho Filho (2010), no direito ateniense, os delitos públicos ofendiam toda a coletividade e, assim, a repressão não deveria ficar à mercê do ofendido. Por outro lado, nos delitos privados, a lesão produzida era irrelevante para o Estado, portanto a repressão seria de exclusiva iniciativa da parte.

Os romanos, assim como os gregos, também faziam distinções dos delitos, o doutrinador Tourinho Filho (2010) sublinha que no direito romano eles dividiam os *delicta publica* dos *delicta privata*. Nos delitos privados, o Estado assumia o papel de simples árbitro e ficava limitado a examinar as provas apresentadas pelas partes. Já no delito público, o Estado exercia seu papel de repressão.

Historicamente, no processo acusatório, o juiz não possuía nenhum poder de iniciativa probatória e as provas deveriam ser fornecidas pelas partes. Ainda neste cenário, o princípio da presunção da inocência já se perfazia e o acusado permanecia solto durante o processo (BADARÓ, 2010).

Há que se consignar, por oportuno, que para o autor Ferrajoli (2002), o processo penal da antiguidade é caracterizado como acusatório, devido à acusação privada e da consequente natureza arbitral do juiz. Como pode ser evidenciado pelo autor:

É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente

acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da consequente natureza arbitral tanto do juiz como do juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

No entanto, ao longo da história esse processo penal foi se mostrando falho para a repressão dos delitos e os juízes passaram a iniciar a persecução inspirada em ânimos e intenções de vingança.

Se, inicialmente, havia a característica da publicidade dos atos processuais, isso foi sendo substituído pelo “processo de portas fechadas”. As sentenças, que eram lidas oralmente na época Republicana, no Império passaram a ser realizadas de forma escrita e lidas no momento da audiência. A partir de então, surgiram os primeiros traços do que viria a ser considerado um sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2016).

Desta feita, percebe-se que o sistema acusatório entrou em declínio a partir do século XII e o sistema inquisitório passou a dominar todo o processo penal europeu, tendo permanecido até o início do século XVII, ocasião em que aparece novamente o sistema acusatório.

Contudo, antes de abordar essa nova aparência do sistema acusatório, cabe rememorar o conceito filosófico kantiano da palavra sistema, o qual estabelece a existência de uma ideia fundante que será orientada por um princípio unificador. Porém, convém sublinhar que a doutrina não é pacificada quanto aos princípios unificadores de cada sistema.

Uma parcela da doutrina, por todos Jádel da Silva Junior (2018), sustenta que o critério definidor do sistema acusatório é o princípio acusatório, o qual prevê a nítida separação das funções de acusar e julgar e o princípio inquisitivo, que prevê que as funções concentradas nas mãos do julgador definem o sistema inquisitório.

Sob outra perspectiva, Jacinto Nelson Miranda de Coutinho (1998) e Antônio Pedro Melchior (2012) sustentam que o sistema acusatório e o sistema inquisitório são regidos pelos princípios unificadores, quais sejam, princípio do dispositivo (gestão de provas ao encargo das partes) e princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador), respectivamente.

Entretanto, não há consenso quanto aos princípios unificadores dos referidos sistemas processuais penais e resta



inacabada a disputa doutrinária, a fim de eleger qual princípio define o sistema acusatório e o sistema inquisitivo (GUIMARÃES, 2015).

Outrossim, no que tange aos sistemas processuais penais, Mauro Fonseca Andrade (2009) ressalta que, se realizar um levantamento entre dez principais autores que estudam sobre o tema, de países diferentes e de ideologias diferentes, será constatado que os dez autores apresentarão conceitos diferentes para o sistema acusatório, inquisitório e misto.

Nesta toada, cumpre salientar que o sistema acusatório atualmente sofre inúmeras interpretações e ao longo da história é mal utilizado em diversos países, em especial, na realidade jurídica brasileira, detentor de um Digesto Processual Penal, formulado em 1941, eivado de diversos mecanismos eminentemente inquisitoriais (NEVES, 2014).

Há que se registrar, a propósito, que a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório somente pode ter um caráter teórico ou histórico, sendo necessário registrar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem com as diferenças verificadas no plano histórico (FERRAJOLI, 2002).

Isto, em razão de que historicamente, somente existiram dois sistemas, sendo eles: acusatório e inquisitório, não obstante, tratam-se apenas de abstrações ou modelos ideais, sendo que atualmente, não existem sistemas “puros”, vez que ora o processo é predominantemente acusatório, ora apresenta características inquisitórias (BADARÓ, 2018).

Além disso, como já consignado anteriormente, Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2010) sublinha que antes do conceito kantiano, a humanidade não teve compreensão sistemática e, desse modo, não construiu nenhum sistema processual penal *a priori*, partindo de uma ideia fundante e orientada por princípios unificadores.

Para Lopes Júnior (2016), na atualidade, o sistema acusatório tem as seguintes características:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (em decorrência da lógica distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário entre as partes (igualdade de oportunidades do processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e a possibilidade de

resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da cosida julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JUNIOR, 2016, p. 147).

## 2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

Como a própria nomenclatura indica, o sistema inquisitório remonta à inquisição (KALHED JUNIOR, 2010). A origem do sistema inquisitório foi edificada a partir de um conjunto de instrumentos adotados para punição de seus desafetos, em especial, a busca da verdade real, o sistema da prova tarifada e a tortura como método de investigação para se punir o pecado e a heresia.

A partir do século XII, este sistema foi adotado pelo Direito canônico e posteriormente se alastrou por toda a Europa, ocasião em que se manteve e foi empregado até pelos tribunais civis do século XVII (BRASILEIRO, 2020).

De acordo com Lopes Junior (2016) foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, uma instituição eclesiástica que tinha por objetivo reprimir a heresia, bem como tudo aquilo que pudesse gerar questionamentos acerca dos Mandamentos da Igreja Católica.

Surge nesse sistema, a figura do juiz inquisidor, o qual possui concentrado em suas mãos, as funções de defender, acusar e julgar (BADARÓ, 2010). Este juiz colhia elementos para comprovar a acusação, atuava de ofício e utilizava-se de um procedimento investigatório secreto.

Com relação à figura do inquisidor, Jacinto Coutinho (2015, p. 7) sublinha que “cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”.

Em conformidade com Alcalá-Zamora (1992), que aborda em sua obra *Estudios de Teoria General e História del Proceso*, uma interessante referência à figura do juiz no sistema inquisitório, destacando seu eminente caráter inquisitivo:

Sua primeira e mais conhecida expressão é encontrada no processo criminal inquisitivo, com o juiz agindo ao lado do acusador. Faltava então a característica triangularidade processual, pois o julgamento só ocorreria entre o juiz e o acusado, o que levou a uma discussão de processo com apenas uma parte. "Vale a pena estimar, no entanto, que a atividade do funcionário poder judicial dentro dele em acusador e julgador, trazendo o

triângulo reapareceria", embora graças a uma divisão mais fácil da personalidade, traçar no papel para ser cristalizado na prática. A repulsa faz com que o sistema inquisitivo puro obedece não apenas a iniquidade contra certas características suas tradicional (secreto, tormento, etc.), mas também àquela concentração perigosa de funções em uma mão [tradução nossa] (ALCALÁ-ZAMORÁ, 1992, p. 249).

Com a inquisição, a busca da verdade real tornou-se um dos principais pilares que sustentavam o sistema. A verdade real era fundada na intolerância e uma série de verdades absolutas que giravam em torno do dogmatismo religioso que predominava na época.

Durante o período da “verdade real ou absoluta”, a prisão cautelar se transformou em regra, devido ao fato que o inquisidor precisava dispor do corpo do herege e, de posse dele, alcançar a verdade real, podendo até mesmo, utilizar-se da tortura, que realizada corretamente, conduziria à confissão (LOPES JUNIOR, 2016).

Com a devida exclusão das partes, o acusado vira um pecador, detentor de uma verdade a ser extraída e mais relevante do que o próprio crime, o réu se torna um objeto de investigação e sobre si, recaem as atenções e os esforços do juiz inquisidor. Diante disso, a tortura ganha importância e a confissão se tornou a *regina probationum* (COUTINHO, 2018).

A confissão era a prova máxima e suficiente para ensejar a condenação, adotava-se o sistema de provas tarifadas e nenhuma prova poderia valer mais do que a confissão (LOPES JUNIOR, 2017).

Ainda segundo o autor, o processo se dividia em duas fases, a inquisição geral e a inquisição especial. A primeira fase, possuía um caráter de investigação preliminar e destinava-se a comprovação da autoria e da materialidade, já a segunda fase, preocupava-se somente com o processamento, aplicando a condenação e castigo.

Somente no século XVIII, surgiram os movimentos contra o sistema inquisitório na Europa Ocidental, ocasião em que filósofos como Montesquieu começaram a manifestar seu repúdio às torturas e elogiar a figura do órgão ministerial, Beccaria proclama que o direito de punir não é nada mais do que o direito de defesa da sociedade e, portanto, deveria ser exercido nos limites e na Justiça. Na Itália, em Nápoles, eles aboliram a prática da tortura e as sentenças passaram a ser

motivadas e, em Toscana, começaram a proibir as denúncias secretas e a tortura (TOURINHO FILHO, 2010).

Com a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos, principiaram a refletir no Processo Penal e as características do modelo inquisitivo foram removidas paulatinamente (LOPES JUNIOR, 2016).

No escólio de Badaró (2010), no sistema inquisitivo, há um nítido abandono da relação processual e o acusado é tratado como mero objeto do processo, não podendo falar em relação processual ou no acusado como uma pessoa de direitos, razão pela qual esse sistema é considerado incompatível com os valores elementares do processo penal moderno.

No mesmo sentido, o neoprocessualista Renato Brasileiro (2020) dispõe, que o processo inquisitivo é incompatível com direitos e garantias individuais, sendo que esse sistema viola princípios processuais penais e, que não se fala em imparcialidade sem a presença de julgador distante das partes, o que resulta na violação à CF e até da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Importante salientar, que o sistema inquisitório que se alastrou por toda a Europa entra em declínio com o advento da codificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto, o qual trouxe uma fusão dos dois modelos adotados anteriormente, como será abordado no tópico seguinte.

## 2.3 SISTEMA MISTO

Tradicionalmente, a França foi o primeiro ordenamento jurídico a instituir o sistema misto, com o *Code d’Instruction Criminelle*, e atualmente, é o sistema adotado na maior parte do mundo (LOPES JUNIOR, 2016).

Também chamado de “reformado” ou “napoleônico”, o sistema misto é a combinação entre o sistema acusatório e o inquisitivo. Neste sistema, a fase pré-processual, também chamada de preparatória, seria inquisitória e, em contrapartida, a fase processual propriamente dita, seria acusatória.

Registra-se que, doutrinadores classificam que todos os sistemas processuais penais adotados na atualidade são mistos,

pois os sistemas puros são modelos históricos e não guardam relação com os contemporâneos (LOPES JUNIOR, 2008).

Para o mesmo autor, considerando que todos os sistemas processuais penais puros são históricos e não guardam relação com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta a identificação do núcleo fundante. Diante disso, tem-se que esse modelo enfrentou e continua enfrentando duras críticas na comunidade jurídica, sendo que inúmeros doutrinadores reprovam a possibilidade de um sistema misto.

É nesse sentido que Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2015) leciona que ao admitir a possibilidade de um “sistema” ser “misto” é fugir do conceito kantiano predominante de “sistema” e passa a representar uma *contradictio in terminis*.

Nesta conjuntura, o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002) enfatiza que o Código Napoleônico de 1808 deu vida a um monstro, nascido da união do processo acusatório com o inquisitório, que foi chamado de “processo misto”.

Com base nas críticas da doutrina moderna, considera-se que o sistema misto não possui um princípio informador, conforme o conceito filosófico kantiano, já trabalhado no presente projeto de pesquisa, e, portanto, não poderia ser considerado um sistema.

Assim sendo, Lopes Junior (2016) destaca que o sistema misto tem que ser visualizado como algo mesclado, mas que possui uma essência inquisitiva ou uma essência acusatória, dependendo do princípio que informa o núcleo.

Consoante a Jacinto Coutinho (2013, p.1) convém observar que “ser misto, significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados a outro”.

## 2.4 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

No que se refere ao processo penal brasileiro, registra-se que este possui duas fases, sendo a primeira fase preliminar com o inquérito policial, o qual possui caráter inquisitório. E a segunda fase processual seria acusatória, ao menos em tese, posto que comporta dispositivos de caráter inquisitorial (KHALED JUNIOR, 2010).

Além disso, predominava o entendimento de que o código brasileiro pertencia a um sistema misto, contendo a primeira fase da persecução penal com o inquérito policial, que era inquisitório e, ao iniciar o processo, possuía um sistema acusatório (BADARÓ, 2010).

Referente à alegação da fase pré-processual, importante destacar que a definição de um sistema processual se limita ao exame do processo, da atuação do juiz no curso da fase judicial e, inquérito policial não é processo, e, portanto, o sistema processual penal brasileiro não é misto (PACELLI, 2020).

Além dessa corrente, Jacinto Nelson Coutinho de Miranda (2018) consignou que o CPP configura um sistema misto, que mantém na base o sistema inquisitorial, agregado com elementos da estrutura do sistema acusatório.

Assim, é perceptível que, desde 1941 até os dias atuais, ocorreram inúmeras discussões acerca de qual sistema processual penal o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado, tendo em vista que o Código de Processo Penal não havia estabelecido de forma expressa.

Não obstante, ao consultar a Constituição Federal verifica-se a opção clara do constituinte na adoção do modelo acusatório, afinal, consagrou expressamente a existência do Poder Judiciário, incumbindo-lhe da solução de controvérsias e, consignou como direito fundamental, a inafastabilidade da jurisdição, conforme se vê no inciso XXXV, do artigo 5º. Paralelamente, no artigo 129, inciso I, o constituinte conferiu ao Ministério Público como instituição vocacionada à acusação, atribuindo-lhe a missão de promover privativamente a ação penal (REZENDE, 2020).

O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê em seu artigo 8º, garantias judiciais inerentes de uma estrutura acusatória, como por exemplo, o direito à comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada, a publicidade do processo, além de consignar que a confissão do acusado só é válida se feita sem coação e, se este for absolvido por sentença passada em julgado, não poderá ser submetido a novo julgamento pelos mesmos fatos.

A Constituição Federal de 1988, também prevê a publicidade dos processos e a oralidade, ao menos em regra, para as infrações de menor potencial ofensivo, ao que se

conclui que o constituinte adotou o sistema acusatório (PRADO, 2005).

É nesse sentido que Badaró (2010) reforça que, em face da nova sistemática constitucional que prevê as nítidas separações de funções, o contraditório previsto de forma expressa, bem como a presunção de inocência, mesmo mantido o inquérito policial, está-se diante de um sistema acusatório.

Corroborando a ideia, Tourinho Filho (2010) leciona que no direito brasileiro não é adotado um sistema acusatório na sua pureza, mas sim, um sistema acusatório com resquícios inquisitórios, citando exemplos previstos no CPP, como o artigo 5º, inciso II, que confere a possibilidade do magistrado requerer a abertura de um inquérito e o artigo 311, em sua antiga redação, que confere ao magistrado a possibilidade de decretar prisão preventiva de ofício, dentre outros dispositivos.

Convém ressaltar, que a Lei nº 13.964/19, quando trouxe a implementação do Juiz das Garantias, estabeleceu que o magistrado não pode mais determinar a prisão de ofício, como preconizava a antiga redação do artigo 311, citado como exemplo pelo doutrinador Tourinho Filho (2010).

Isto possibilita considerar que o ordenamento brasileiro sofre uma verdadeira confusão no que tange aos sistemas processuais penais, tendo em vista que a Constituição Federal adota valores acusatórios, mas de outro lado, o Código de Processo Penal mantém inúmeros indícios inquisitivos (SILVA, 2017).

Diante disso, Lopes Junior (2016) ressalta que a estrutura do Código de Processo Penal brasileiro deverá ser adequada e conformada com a Constituição Federal vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório. Ainda, conforme o autor, é preciso também alinhar as prescrições de direito interno às normas de direito internacional, realizando assim, o controle de convencionalidade.

O exercício do controle de convencionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, é o exame de compatibilidade material das normas de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil aderiu, sendo que estes tratados são paradigmas para a elaboração de leis e a aplicação das normas que já estão em vigor (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2020).

Neste sentido, observa-se que o regramento interno não deve obediência apenas à Constituição Federal, mas também

à normativa internacional, sobretudo àquela que disciplina os direitos humanos, daí a conclusão de que, o sistema brasileiro é, sob as bases da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acusatório.

## 2.5 A QUADRA ATUAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A POLÊMICA DECISÃO DO STJ NO RHC 145.225

A Lei 13.964/19, alcunhada de Pacote Anticrime, introduziu profundas reformas no Código de Processo Penal, alterando aspectos importantes da persecução penal, por exemplo, ao conceber o juiz das garantias, modificar o *iter* de arquivamento do inquérito policial, regulamentar por lei o acordo de não persecução penal, etc.

Não se pode olvidar que o aludido *Codex* data de 1941, período no qual o mundo vivia a 2ª Grande Guerra Mundial, após o império do nazifascismo, que influenciou sobremaneira a produção legislativa da época. No Brasil vivia-se o Estado Novo.

De lá para cá, entretanto, houve uma verdadeira revolução paradigmática, que resultou na centralização da pessoa humana, principalmente na ordem jurídica internacional. Trata-se de efeito decorrente de todas as barbáries vivenciadas durante o holocausto. Os documentos internacionais protagonizaram esse movimento, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948.

O constitucionalismo mundo afora passou a contemplar a dignidade humana como um de seus baluartes. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, dita Constituição Cidadã, consagrou dentre os princípios fundamentais da República a dignidade da pessoa humana. O impacto desta previsão, que resulta de clara opção do constituinte para estabelecer novos rumos à pátria, é evidente, e sentida em variados ramos do direito: a racionalização do direito penal, a funcionalização dos institutos civilistas, a consagração da boa-fé na seara processual, a humanização do processo penal.

Paralelamente, a Constituição alçou o Ministério Público à qualidade de função essencial à justiça, tornando-o figura destacada na engrenagem da persecução penal, ao dotá-lo da missão institucional de promover, privativamente, a ação



penal pública. Não se pode olvidar que, além de titularizar um dos polos da relação jurídico processual, o membro do Ministério Público é sobretudo o fiscal da ordem jurídica, assumindo, pois, feição ímpar no processo, pois nem sempre defenderá uma pretensão típica daquele que ocupa o lugar de autor ou requerente.

Essa constatação é evidente diante da redação do artigo 385 do CPP, norma pré-constitucional, inclusive, que deixa evidente a possibilidade de o membro do *Parquet* pedir a absolvição do réu ao cabo da instrução do feito, acaso não se convença sobre o acerto da acusação veiculada na exordial acusatória. E mais, sem que isto viole o princípio da indisponibilidade da ação penal.

Mas os impactos da previsão contida no artigo 129, I, da CF, que institucionalizou sob os cuidados do Ministério Público a função de promover a ação penal pública, não param por aí. Se interpretada no contexto dos demais dispositivos constitucionais, deixa evidente a opção de segregar em mãos distintas as funções de julgar, atribuídas ao Poder Judiciário, acusar, do Ministério Público e, defender, entregues à advocacia (pública e privada).

Essa opção foi reafirmada, por exemplo, no artigo 3º-A, do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime, que estabeleceu que o processo penal terá estrutura acusatória. O dispositivo, assim como outros, está com a eficácia suspensa, por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo das ADI 6.298, 6.300 e 6.305.

Ainda que, com eficácia suspensa, o próprio STF já reconheceu a incompatibilidade do artigo 26 do CPP com a Constituição, que consignou hipótese de instauração da persecução penal de ofício pelo magistrado, o famigerado procedimento judicialiforme:

A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, HC 67.931-5/RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do Ministério Público. Revogação dos arts. 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/1988, art. 129, I. [RE 134.515, rel. min. Carlos Velloso, j. 13-8-1991, 2ª T, DJ de 13-9-1991.] = HC 72.073, rel. min. Carlos Velloso, j. 2-4-1996, 2ª T, DJ de 17-5-1996.

A mesma Lei 13.964/2019 alterou o §2º, do artigo 282, do CPP, passando a dispor que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, a requerimento das partes, ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Com isso, sedimentou-se que as medidas cautelares não podem, doravante, serem determinadas de ofício pelo magistrado, em franca oposição à antiga redação do dispositivo. Também o artigo 311, do CPP, em sua novel redação, passou a prever que a decretação da prisão preventiva depende de provocação do Ministério Público, querelante, assistente, ou da autoridade policial.

A partir da edição do Pacote, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilou bastante em relação à possibilidade ou não de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, diante da aparente contradição entre o que dispõe o artigo 311 e o artigo 310, II, ambos do CPP.

É sabido que a prisão em flagrante, modalidade de cautelar de natureza pessoal, inicia-se com a captura do autuado e contempla em seu *iter* a necessidade de comunicação do ato ao magistrado, para que ele possa adotar uma dentre as três opções: relaxar a prisão ilegal, convertê-la em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. E a questão suscitada nesse contexto era, se o julgador poderia efetuar a conversão de ofício, já que nesta hipótese não estaria (propriamente) decretando a prisão.

O então ministro do STF, Celso de Mello, em emblemático voto proferido no *habeas corpus* 186.421, consignou que, diante da alteração proposta pelo Pacote Anticrime, que suprimiu a expressão “de ofício” do artigo 311 do CPP, não mais seria possível ao magistrado decretar a prisão preventiva *ex officio*, e que a leitura do artigo 310 do CPP, haveria de ser feita em conjugação com o §2º, do artigo 282, do mesmo diploma normativo. O magistrado sublinhou, ainda, que a remessa do auto de prisão em flagrante da autoridade policial ao Judiciário não poderia ser compreendida como uma provocação, por se tratar de uma peça de natureza meramente descritiva. E arrematou o juiz:

A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil

democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

O Tribunal da Cidadania, após muito variar entre uma e outra posição firmou pela sua Terceira Sessão, o seguinte entendimento, plasmado na edição 184, da jurisprudência em teses: “Não é possível a decretação da prisão preventiva de ofício em face do que dispõe a Lei n. 13.964/2019, mesmo se decorrente de conversão da prisão em flagrante”. Entendeu, em síntese, pela impossibilidade de conversão do flagrante em prisão preventiva, sem que houvesse requerimento da parte interessada.

Após a consolidação do entendimento, outro posicionamento se firmou no âmbito do STJ, no julgamento do RHC 145.225, no sentido de que a decretação de medida cautelar mais grave do que a requerida pelo Ministério Público não caracteriza atuação de ofício. Traduzindo em miúdos, uma vez provocado pelo *Parquet* em relação à fixação de cautelares, o magistrado estaria autorizado a deferir qualquer medida, é dizer, não estaria adstrito ao pedido formulado Ministério Público.

A notícia divulgada no sítio do Tribunal transcreve trechos da decisão proferida, na qual sustenta-se que o juiz pode agir de acordo com o seu convencimento motivado, para analisar qual medida cautelar pessoal melhor se adequa ao caso concreto, argumentando que o Judiciário não se encontra vinculado ao pedido formulado pelo *Parquet*.

Impor ou não cautelas pessoais, de fato, depende de prévia e indispensável provocação; contudo, a escolha de qual delas melhor se ajusta ao caso concreto há de ser feita pelo juiz da causa. Entender de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo Ministério Público, de modo a transformar o julgador em mero chancelador de suas manifestações, ou de lhe transferir a escolha do teor de uma decisão judicial (RHC nº 145225 / RO (2021/0097859-6) autuado em 06/04/202).

Eis a contradição que se extrai da decisão: de um lado, o STJ reconhece a inviabilidade de decretação de cautelares de ofício; de outro, o mesmo Tribunal entende ser possível a decretação de qualquer cautelar, desde que seja, de alguma forma, provocado. O magistrado estaria autorizado a proferir julgamento *extra petita*, diante da incisiva disposição do artigo 282, §2º, combinado com o artigo 311 do CPP? Qualquer que

seja o teor da provocação do Ministério Público, estaria o Tribunal autorizado a determinar o que mais lhe parecer adequado?

Os questionamentos, longe de meramente retóricos, revelam uma inquietude, advinda da leitura feita pelo STJ sobre a atuação oficiosa do Poder Judiciário. Ao afirmar que o magistrado não é mero “chancelador” das manifestações do Ministério Público, ele fulmina a base acusatória do processo penal, avalizando a possibilidade de o magistrado julgar fora dos limites postos em juízo.

Não parece adequada, respeitosamente, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no aludido julgado, pois em franco descompasso tanto com o princípio, quanto com o sistema acusatório, valendo rememorar que a formulação de uma acusação em juízo não se resume ao oferecimento de uma peça incoativa, abrangendo, ao revés, toda e qualquer postura de provocação adotada pelo Ministério Público e pelos demais interessados.

O Poder Judiciário, para preservar a imparcialidade, característica indispensável de qualquer sistema processual legitimamente democrático, não deve agir de ofício, senão aguardar a (devida) provocação daqueles que são constitucional e legalmente investidos desta função. Concordar que ele adote providência distinta daquela vindicada pelas partes implicaria admitir uma atuação oficiosa, por absoluta ausência de provocação.

Isto não quer dizer que o magistrado esteja vinculado ao pedido formulado pelo Ministério Público, assistente ou querelante. Muito pelo contrário: pode muito bem indeferir qualquer providência solicitada, pois a ele incumbe a gestão destes conflitos. Mas ao decidir, está adstrito aos termos propostos pelas partes.

A título argumentativo, imagine que o membro do Ministério Público ofereça uma denúncia acusando o réu da prática do crime de furto. Não é dado ao magistrado simplesmente condená-lo por roubo, acaso entenda haver algum equívoco. Em caso tal, ele dispõe de mecanismos como o previsto no artigo 384, do CPP, a *mutatio libelli*, que proporciona seja a matéria devolvida a quem tem legitimidade para apreciá-la: o Ministério Público. Pois bem, e se o Ministério Público insistir em seu posicionamento, mantendo

a narrativa? Neste caso, cabe ao magistrado absolver, mas jamais condená-lo por crime diverso do narrado na denúncia.

E por que adotar solução diversa no caso das medidas cautelares? Porque o magistrado teria melhores condições de avaliar a situação concreta? Não parece ser esta a resposta mais adequada. Não há, evidentemente, uma sobreposição de funções entre a magistratura postulante e a magistratura judicante, mas naturalmente há uma divisão orgânica de funções: uma pede e a outra decide, e concentrar ambas nas mãos de um único Órgão seria por demasiado prejudicial ao cenário Republicano e democrático do processo.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição da República (1988) consagra que o processo penal brasileiro possui estrutura acusatória, posto que o constituinte conferiu ao Ministério Público a titularidade privativa do exercício da ação penal pública, em seu artigo 129, inciso I e também consignou a existência do Poder Judiciário no artigo 5º, inciso XXXV.

Fato é, que esta opção pelo modelo acusatório, foi reafirmada recentemente pelas alterações legislativas feitas pelo legislador ordinária no CPP, em especial, com o novo artigo 3º-A, que embora esteja com a eficácia suspensa pelo STF, dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Cumprе registrar que, demais disso, que a Lei 13.964/2019 modificou o §2º, do artigo 282 do CPP, passando a dispor que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Com isso, sedimentou que as medidas cautelares não podem, doravante, serem determinadas de ofício pelo magistrado, em franca oposição à antiga redação do dispositivo. Também o artigo 311 do CPP, em sua novel redação, passou a prever que a decretação da prisão preventiva depende de provocação do Ministério Público, querelante, assistente, ou da autoridade policial.

Não obstante, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o RHC 145.225-RO, decidiu, por maioria, que a determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação *ex officio*.

O recurso julgado foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia, em que o réu alegou que teve sua prisão preventiva decretada de ofício. A decisão proferida pelo Tribunal Superior foi no sentido de que o magistrado uma vez provocado, deve decidir de acordo com o seu convencimento motivado e analisar qual medida cautelar melhor se adequa ao caso e, que entender de forma diversa, seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo Ministério Público, transformando o julgador como mero “chancelador”.

Todavia, em decorrência do *ne procedat iudex ex officio* e da própria estrutura acusatória, há a proibição de que o julgador aja de ofício, seja para determinar providência não requerida, seja para conceder medida diversa daquela vindicada – se é que existe alguma diferença entre elas. Isto porque, se as funções estão segregadas organicamente em instituições diversas, cabe ao juiz, apenas a função de julgar, sendo-lhe vedado o direito de ação – em sentido *lato*, como *agir* –, o qual pertence ao Ministério Público e ao ofendido.

Assim, quando o titular privativo da ação penal pleiteia medidas cautelares, não parece adequado que o julgador vá além, ou mesmo aquém, do que lhe foi pleiteado, sob pena de violar o sistema acusatório.

Ao afirmar que o magistrado não é mero “chancelador” das manifestações do Ministério Público, o STJ fulmina a base acusatória do processo penal, avalizando a possibilidade de o magistrado julgar fora dos limites postos em juízo.

Ademais, tal argumento não parece correto, pois o juiz não está obrigado a aceitar as medidas cautelares indicadas pelo Ministério Público, podendo perfeitamente negá-las. Entender que o magistrado pode decretar a prisão nessas hipóteses viola a literalidade do que prevê o artigo 311 do CPP, já que a nova redação suprimiu a expressão “de ofício” e passou a prever que somente poderá ser decretada mediante requerimento ou representação.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, NICETO. **Estudios de Teoría General e Historia Del Proceso (1945-1972)**. México: 1.ed. Universidad Nacional Autonoma de México, 1992.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo códex penal adjetivo. **Revista de informação legislativa**. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194939>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em: 04 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.html). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.html). Acesso em: 24 abr. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 02 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal. **Empório do Direito**. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 16 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. Tese (Programa de Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025>. Acesso em: 28 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5.ed. Lisboa: Editora da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas - **Revista De Ciências Sociais**, 10(2), 293-308, 2010. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2010.2.6513>

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA e FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público de Rio Grande do Sul**. 2020. 1(87), 183-220 Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/192>. Acesso em 24 abr. 2021.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador**. O sintoma político do Processo Penal democrático. Portal Estacio. 2012. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3109/antonio-pedro-2011.pdf>. Acesso em 24 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. **O acordo de não persecução e o direito intertemporal: Estabelecendo um limite ao oferecimento do benefício**, partindo de uma revisão crítica do enunciado 20, do Grupo Nacional de Coordenadores dos Centros de Apoio Criminais. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/174>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

SILVA JÚNIOR, Jádel da. **Anatomia Acusatória**. 1.ed. Florianópolis: Habitus Editora, 2018.

SILVA, Thiago Bonfim da. A análise do artigo 385 do Código de Processo Penal à luz do sistema acusatório. Universidade Federal do Paraná. 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/58184>. Acesso em: 26 out. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TURESSI, Flávio Eduardo. Sistema Acusatório, Pacote Anticrime e o anacrônico artigo 385 do Código de Processo Penal: anotações sobre a (im)possibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido pelo órgão do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. V.17, 2020: 22-44. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/434/340340434](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/434/340340434). Acesso em: 21 de out. 2020.

VEGA, Manuel Rodríguez. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. 2013. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_serial&pid=0718-6851&lng=es&nrm\\_iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_serial&pid=0718-6851&lng=es&nrm_iso). Acesso em: 04 abr. 2020.



# [ CAPÍTULO 7 ]

## **“AMPLIANDO AS FRONTEIRAS DO PENSAMENTO”: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS.**

Gustavo dos Santos PRADO<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Graduado em História pela Universidade Estadual Paulista. Especialista em Ensino de Geografia pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre e Doutor em História Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É autor dos livros: *A verdadeira Legião Urbana são vocês: Renato Russo, rock e juventude* (2017) e *O nascimento do morto: punzkinés, Cólera e Música Popular Brasileira* (2019), ambos publicados na editora E-manuscrito. Possui uma terceira obra publicada pela Editora Dialética: *O Brasil sem máscara: uma interpretação da Nova República às vésperas do bicentenário da independência*. (2010-2021). É professor no Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG), na cidade de Cascavel, Paraná, e lidera o grupo de estudos “Fronteiras do Pensamento Brasil – Mundo: Jurisdição, mercado, fluxos financeiros e direitos humanos”. E-mail: gspgustavo.historia@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo está em problematizar e historicizar dois conceitos que foram amplamente discutidos pelo grupo de estudos “Fronteiras do Pensamento: jurisdição, mercado, fluxos financeiros e direitos humanos: direitos humanos e migrações”<sup>49</sup>.

O intento do texto é contribuir com o leitor visando dar publicidade aos conceitos que estão sendo discutidos pelos integrantes do grupo de estudos. Ambos guardam problemáticas que são ampliadas à medida que o debate ocorre entrelaçando os temas, permitindo que os partícipes recortem seus objetos de estudo. Basicamente, o método aplicado no texto que segue é a revisão de literatura.

A rigor, o senso comum trata a questão dos direitos humanos como algo já consolidado. Mais: entende que o conceito espraia na exclusividade da defesa de sujeitos que incorrem no crime. É assustador constatar que grande parte da população brasileira não vê nenhuma serventia nos direitos humanos. Por isso é tão importante o debate temático, visando justamente mostrar o oposto, ou seja, que os direitos humanos são fundamentais a qualquer ser humano, cabendo a todo e qualquer indivíduo lutar por ele.

Já com relação aos movimentos migratórios, nota-se que muitos não entendem que eles ocorrem devido à concentração econômica da própria economia de mercado. Há uma ideia equivocada do imigrante, que é visto várias vezes como “indesejado”. Tal prática etnocêntrica e xenófoba é visível em várias nações e, paradoxalmente, o Brasil não sai ileso da espiral racista. Uso o termo antagônico, pois a população brasileira é um híbrido que teve uma enorme contribuição de imigrantes de diversas nações.

Contudo, a maneira mais efetiva – que não deixa de ser uma prática de resistência – de diminuir a toxidade no discurso contrário a migrantes e direitos humanos está na amplitude do debate. O domínio de uma parcela do referencial teórico é importante, afinal, o limbo reacionário presente nas estruturas arcaicas do Brasil não se cansa de colocar temas

---

<sup>49</sup> O autor do texto agradece todos os integrantes do grupo, em especial, os professores do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz Saulo Sbaraini Agostini e Marcos Luciano Gomes.

complexos de forma simples; ou de alocar o debate em um nível rasteiro, quase primário.

Direitos humanos e movimentos migratórios são eventos sociológicos complexos. Enquanto esse breve texto era escrito, segundo a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), existem 27 milhões de refugiados que se deslocam pelo mundo em busca de melhores condições de vida. Infelizmente, muitas são perdidas.

Ao mesmo tempo, uma parcela da população sente na pele os efeitos da violação de direitos humanos. O desrespeito a grupos minoritários é gritante. Uma onda conservadora insiste em travar o fluxo da história: o Brasil faz isso com maestria, afinal, por aqui “o atraso é um instrumento de poder” (MARTINS, 1994).

Ocorre que, há legislação pertinente para tratar dos imigrantes, o problema está em garantir os direitos fundamentais deles. Haitianos e venezuelanos, principalmente, saem de seus países em busca de uma vida melhor em um país que ficou conhecido por seu caráter “cordial” e “acolhedor” – que, infelizmente, são produtos teóricos de uma determinada época e que não estão representados na vida cotidiana.

Tal como um novelo de lã, nota-se que há muitas pontas soltas. Por ora, a ideia desse texto é permitir ao leitor a criação de “nós” que permitirá a discussão sobre direitos humanos e movimentos migratórios. O próprio amadurecimento do grupo permitirá outros recortes, avançando para objetos de pesquisa mais maduros.

## **2 DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS**

O Brasil é um país que sofre para entender o conceito de direitos humanos. Segundo relatório proposto pela “Human Rights”, de 2018, dois em cada três brasileiros acreditavam que os direitos humanos só serviriam para contemplar direitos de bandidos.

Por definição, “direitos humanos são valores que orientam o próprio direito, e que o Estado e a sociedade civil procuram realizar através das instituições” (TOSI, 2004, p. 9). Por conta disso, “direitos humanos” são uma doutrina e uma

teoria; portanto, apresentam uma forte base ética, que deve ser discutida no interior da sociedade civil organizada.

Já o Fundo das Nações Unidas para a Infância define que os “direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos” (UNICEF, s.a.). Dessa forma, nota-se como a percepção da sociedade brasileira presente no relatório supracitado vai na contramão da realidade histórica dos direitos humanos. Lynn Hunt (2009) alerta que os “direitos humanos” não devem ser tomados como uma “verdade autoevidente”, ou seja, como algo já cristalizado e disseminado no imaginário social e histórico.

Apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proposta pela Organização das Nações Unidas, reconhecer a universalidade dos direitos humanos, incluindo desfavorecidos, vítimas de opressão, discriminação e exploração, independente da condição social, da religião, da etnia ou da nacionalidade (MBAYA, 1997, p. 18), nota-se que os direitos humanos têm uma trajetória histórica de longa data, sendo desenvolvida e problematizada em várias regiões do planeta ao longo do tempo.

Cristalizou-se a ideia de que os direitos humanos seriam uma invenção da civilização ocidental; contudo, foi notória a contribuição da Carta Mandinga, de 1236, redigida no Mali. Ela reforça a “proteção da vida, da correlação de forças políticas-cosmológicas e da equidade entre os homens” (SOUZA, 2018, p. 158). Por seu turno, Fábio Konder Comparato entende que o Reino de David foi o primeiro a estruturar um Estado de Direito, pois o líder não criou um direito para manter-se no poder: não se proclamou Deus e tampouco legislador (COMPARATO, 2019, p. 53-54).

O direito canônico e a formação das monarquias europeias, ao longo da Idade Média, promoveram atentados contrários à dignidade da pessoa humana. A Igreja Católica, via Inquisição, estruturou um sistema que na essência era aflitivo e violento, visando extrair “a verdade” (SANTOS, 2006, p. 189). Já o rei, em uma organização societária estamental, privilegiava a nobreza e o clero, deixando à margem milhares de camponeses e artesãos (FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 67). A centralização do poder limitava o acesso dos indivíduos às liberdades básicas.

Comparato (2019) coloca que a Declaração das Cortes de Leão (1188), assinada na Península Ibérica, e a Magna Carta,

escrita em 1215, na Inglaterra, trouxeram à baila a discussão sobre a importância das liberdades individuais, devido à intensa centralização política. Ambas demarcaram e positivaram que o poder do rei tinha que ter limites, do contrário era impossível assegurar a dignidade da pessoa humana.

No entanto, na Idade Moderna, a burguesia apoia-se na figura de monarcas absolutistas, desejando que eles centralizassem o poder político. O objetivo era claro: a formação de um Estado Nacional, personificado na figura de um soberano, que estabeleceria as fronteiras e unificaria os territórios facilitando as trocas comerciais. Perry Anderson (2004) contribui, alegando que o Estado Nacional criaria um exército que manteria a ordem social, pois havia o receio de rebeliões promovidas pelos camponeses; para tanto, o direito romano foi resgatado, colocando que o rei estaria isento de qualquer tipo de restrições.

Michel Foucault (1987) reforça que o poder centralizado nas mãos de um monarca trouxe dor e sofrimento, pois as sentenças com penas de morte vinham acompanhadas de práticas de suplício e humilhações públicas.

Não ao acaso, o movimento iluminista do século XVIII tinha como principal característica o combate massivo à centralização de poder. Defendendo as liberdades individuais, os iluministas interpretaram o absolutismo como um movimento arcaico. Embora as críticas que receberam com relação à complacência que tiveram com as assimetrias sociais, os iluministas deram excelentes contribuições aos direitos naturais, com a liberdade tendo um destaque especial (GAARDER, 1995, p. 338-339)

Frisam-se as contribuições das revoluções liberais ocorridas na Inglaterra (1648-1688) e na França (1789-1798); ambas permitiram um terreno fecundo de luta e resistência contra a voracidade autoritária da dinastia dos Stuarts e Bourbons, uma das mais centralistas da história da Europa.

Do processo revolucionário francês, durante a Fase da Assembleia, surgiu a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. O primeiro artigo já sinalizava o teor das mudanças: “os homens nascem livres e iguais em direitos”. Adiante, o documento também indica que a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão são direitos naturais e imprescritíveis dos Homens. (EMBAIXADA DA FRANÇA, s.d.).

Lyyn Hunt (2009) reforça que a Carta congrega “toda a sociedade” (p. 14). Hobsbawn (2012), por seu turno, indica que o documento reforça mais um sentimento de união em torno da ideologia liberal burguesa, como uma via para garantir uma valoração constitucionalista que garantisse a inviolabilidade da propriedade privada.

O historiador britânico é assertivo, afinal, a Fase da Assembleia da Revolução Francesa adotou o voto censitário, artifício que é conhecido por criar uma base legal excludente das demandas populares, afastando-as do processo eleitoral e democrático. Hunt (2009, p. 19) assevera que circunstâncias como essas foi um empeco aos direitos humanos, pois ele depende de um tripé que precisa estar em constante sintonia: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todos) e universais (aplicáveis por toda a parte).

O importante documento francês não faz alusão à mulher; por conta disso, ganha destaque a Carta escrita por Olympe de Gouges “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, em 1791. Ela defende que a mulher deveria ter os mesmos direitos do homem (CASTRO, 2007, p. 253).

Também ganha relevo a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, assinada em 4 de julho de 1776. O documento escrito por Thomas Jefferson é uma ode à liberdade, embora exclua de suas linhas 600 mil escravos que viviam no território, que outrora formariam as 13 colônias britânicas.

Comparato (2019) entende a importância dos documentos, embora assinala que houve períodos históricos nos quais os direitos humanos retrocederam, principalmente por conta do avanço do capitalismo financeiro e especulativo, já no século XIX. A corrida colonial atizada pela Segunda Revolução Industrial foi tecida por teses racialistas que visaram legitimar o domínio dos europeus sobre os povos africanos e asiáticos. Criaram-se várias dicotomias que elencaram África e Ásia como áreas não adaptadas e incivilizadas, cabendo, portanto, ao homem branco promover o seu processo de desenvolvimento social, econômico e político.

O darwinismo social foi a base filosófica do neocolonialismo, que dizimou milhões de pessoas em detrimento da valorização das ações de empresas de países europeus. Lilia Moritz Schawarcz (2019) coloca que se criou à época, um sentimento natural de domínio dos brancos sobre os negros, o

que impediu o avanço da manutenção das liberdades individuais que vinha desde o movimento iluminista.

As novas áreas coloniais foram organizadas em nome da diferença racial: sexismo, racismo e antissemitismo tornaram-se as linhas que nortearam o processo do Imperialismo, trazendo com clareza o lado sombrio do ser humano, como bem assinala Hunt (2009, p. 187). Ganhou relevo histórico as atrocidades cometidas por Leopoldo II, rei da Bélgica, que no Congo aniquilou quase 10 milhões de indivíduos (HOCHSCHILD, 1999).

Hannah Arendt (2002) ensina que a falta de debate político levou o mundo às Guerras Mundiais. Nas duas oportunidades, os direitos humanos tornaram-se nulos. A exaltação da pátria e da xenofobia permitiu que lideranças e governos extremistas anulassem a ação jurídica que protegia os indivíduos que eram vistos como “indesejados”.

As Leis de Nuremberg (1935) retiraram a cidadania de todo e qualquer indivíduo que morava na Alemanha e que não tinha sangue ou descendência alemã. Hitler desejava que um judeu fosse visto como “não humano”, o que permitiu que ele tivesse condições de implementar práticas de extermínio da comunidade judaica em campos de concentração.

O atentado norte-americano com armas nucleares que atingiu o império japonês foi um dos pontos altos da barbárie promovida pelo clima apolítico e contrário aos direitos humanos. O esfacelamento do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) permitiu o surgimento de um novo clima político, e os direitos humanos voltaram à tona.

Hunt (2009) demarca que a Declaração dos Direitos Humanos surgiu como uma resposta à violência praticada pelo homem durante décadas. Ela apresenta um forte teor reflexivo; neste caso, é impossível não rememorar ao ler o documento o que o Homem é capaz de fazer quando deixa à margem os direitos humanos. Fabio Comparato, por seu turno, acredita que a Declaração assinada por mais de 100 países tem uma “função pedagógica” e que deveria ser disseminada tanto pelo Estado, quanto pelo meio empresarial (2019, p. 71).

O primeiro quartel do século XXI vêm sendo marcado pela violação rotineira dos direitos fundamentais. Há uma fadiga no modelo da democracia representativa, pois a classe política está deslocada do eleitor. Discursos extremistas passaram a

ser ouvidos e tolerados; notas de repúdio ou práticas de cancelamento são insuficientes: é necessário ação jurídica.

Prado (2021) coloca que o neoliberalismo vem consolidando um clima antipolítico, que é visível no Brasil contemporâneo. Contudo, nota-se uma desagregação de laços coletivos por toda a parte. Intolerantes assumem cargos públicos de relevo, deixando o clima político ainda mais hostil. Defesas de pautas neonazistas, discursos misóginos, intolerância racial e religiosa tornaram-se corriqueiras.

O mundo vive uma crise migratória. Há um enorme deslocamento de indivíduos de áreas periféricas em direção às centrais. Milhões de pessoas saem de sua terra natal em busca de uma nova vida. Por seu turno, o contexto marcado pela hostilidade política corroi a discussão em torno dos direitos humanos, ainda mais envolvendo a população migrante. A globalização perversa, tal como preconiza Milton Santos, mostra-se ainda mais cruel (SANTOS, 2001).

Urge entender a complexidade dos movimentos migratórios, visando justamente discutir a efetivação dos direitos humanos para aqueles indivíduos que seguem a sina em busca de uma vida melhor. Apresentar, discutir e socializar os autores que trabalham com movimentos migratórios será o foco do próximo tópico.

### **3 MOVIMENTO MIGRATÓRIOS: COMPLEXIDADES E TENSÕES**

O mundo assiste à movimentação de uma massa de indivíduos que se deslocam diariamente em busca de uma vida mais digna. A escolha de sair do lugar de origem em direção a outro nunca é fácil, visto que ela é influenciada por crises econômicas, perseguições políticas ou religiosas, crises ambientais, catástrofes naturais ou guerras.

Nessas condições, o migrante está em situações de vulnerabilidade e espera ser acolhido no país escolhido com condições de vida melhor. A espécie humana sempre migrou para garantir a sua sobrevivência; dessa forma, de um ponto de vista lógico, e com a farta discussão histórica que já existe sobre os direitos humanos, é difícil acreditar que ainda exista casos de xenofobia, ódio e extremismo contra indivíduos que não possuem condições de ficar no seu país de origem. A



escolha de sair de lá é sempre a última opção, afinal, o sujeito tem laços históricos, identitários, familiares e afetivos e, via de regra, o sucesso da empreitada auxilia entes que não tiveram condições de migrar.

A Queda do Muro de Berlim, em 1989, ainda carrega um forte simbolismo do fim da divisão entre os homens movidos por questões ideológicas. Acreditava-se que a humanidade viveria um cenário de cosmopolitismo e fraternidade, que, inclusive é expresso por Kant no seu princípio de cosmopolitismo universal. Como bem assevera Marta Fernández (2014), o conceito do iluminista prussiano desenvolvido em *A Paz Perpétua* passou a ser apropriado na teoria das Relações Internacionais e na organização geopolítica do globo no cenário posterior à Guerra Fria.

O cenário é outro. As contradições da própria economia de mercado em tempos de aceleração da globalização econômica fizeram com que nações levantassem novos muros. Donald Trump, ex-presidente dos Estados Unidos, tornou o Muro de Tijuana um símbolo eleitoral e conseguiu convencer o seu eleitorado conservador que o importante era a clivagem com os mexicanos, assolados por uma crise social que é promovida pelas maquiladoras norte-americanas. Deportou centenas de pessoas sem levar em consideração que muitos migrantes tinham filhos, causando um cenário de horror ao colocar as crianças enjauladas.

Israel, Ceuta, Chipre, Grécia, Turquia, Polônia e tantas outras nações optaram por construir muros, visando estancar movimentos migratórios. Bauman, de forma assertiva, assinala que a mídia cria um pânico moral com relação aos migrantes, com o intento de promover um processo de esquecimento da situação social deles (2017).

Por outro lado, o sociólogo polonês assevera que movimentos migratórios são atizados pelos interesses de grandes empresas dos países centrais, que exploram a mão de obra migrante oriunda de países periféricos, ofertando um salário muito inferior, se comparado àquele que é oferecido aos cidadãos nacionais. A xenofobia torna-se dominante, afinal, em tempos de avanço do neoliberalismo, a competição pelo trabalho tornou-se mais desleal e acalorada (BAUMAN, 2017).

Hannah Arendt já indicava há meio século, que a disseminação do clima de ódio em solo europeu tinha sido movido pela dilaceração de vários países da Europa Oriental

após a Primeira Guerra Mundial. Formou-se uma massa de apátridas, que era desprovida de direitos humanos, prática sustentada pelo não desejo de convívio e a rejeição a pessoas que eram vistas como inoportunas (1989, p. 374).

Saskia Sassen explora a ideia de que se vive em tempos de neoliberalismo econômico uma “sociedade de expulsão”. Tal forma societária vem sendo acelerada pela política de austeridade fiscal, que é imposta por agências de fomento internacional e o capital especulativo, que somados à crise ambiental, levaram a sociedade global a inúmeras crises econômicas e sociais (2017, p. 10).

A lógica do capital especulativo, que não guarda raízes identitárias com os Estados-Nações, cria um efeito dominó de expulsões em larga escala, pois as crises do próprio capitalismo são cada vez mais agudas e perenes. Forma-se uma massa de pessoas pobres, oriundas de países periféricos, que são obrigadas a se mover para o centro da economia global: Estados Unidos e Europa.

A pensadora holandesa reforça que o contexto incita a violência por meio das divisões: Ocidente *versus* Oriente, Norte *versus* Sul e urbano *versus* rural. (SASSEN, 2016, p. 14). Deteriorando ainda mais a situação, a corrosão da democracia liberal fomenta discursos de ódio, visto que a doutrina neoliberal entende que o Estado é ineficiente, incapaz e antiprodutivo; contudo, o próprio mercado não consegue acomodar a massa de refugiados que ele mesmo criou. Por seu turno, não é incomum as empresas pedirem socorro ao Estado, incorrendo em uma injustiça que só fomenta ainda mais a lógica da expulsão (SASSEN, 2016).

Giddens indica que o aumento das taxas de imigração que foram verificadas após a Segunda Guerra Mundial coloca um enorme desafio às noções usualmente partilhadas de identidade nacional, o que obrigou inúmeras nações a discutir os conceitos de cidadania. Sua proposta analítica é similar à de Sassen, afinal, o pensador britânico indica que é necessário entender os fenômenos migratórios globais por meio de sistemas “produzidos por interações entre os processos de nível macro e micro” (GIDDENS, 2008, p. 262).

Outro ponto importante indicado pelo sociólogo é que as migrações tendem a ser mais aceleradas, diversificadas e com grande participação feminina; outrora, movimentos migratórios do século XIX tinham um perfil mais masculino

(GIDDENS, 2008, p. 262). Sassen acolhe a ideia de aceleração das migrações, destacando a financeirização da economia como o principal fator; afinal, o capital especulativo está alheio em criar um elo entre produtores e consumidores. Dessa forma, a população mais pobre fica cada vez mais alheia à economia global e ainda não encontra condições de lutar contra esse processo, já que esse perfil social fica cada vez mais distante daqueles que oprimem de fato (2016, p. 19).

O paradoxo é evidente: a economia global, em vez de agregar, desagrega, expulsa e empobrece. Prado (2021), ao investigar a produção literária de Von Mises, um dos mentores da Escola Austríaca, afirma que o neoliberalismo não trata os fatos sociais pela empiria. Idealiza-se o mercado, como se este não fosse organizado por indivíduos que não tivessem intenções próprias e que em vários momentos estão alheios à coletividade.

Outro ponto que cabe destacar, é a falta de diálogo que impera nas diferentes linhas teóricas que estudam os movimentos migratórios. Malthus, Marx, Durkheim e Weber já tinham percebido a importância do fenômeno, visto que a Europa passava por um intenso processo de êxodo rural proveniente da Segunda Revolução Industrial. Contudo, como bem realçam Ferreira e Cardim (2020), as migrações não foram objetos centrais dos estudos dos clássicos da sociologia.

Os autores, corroborando com Sassen, também alertam para a complexidade de investigar os movimentos migratórios, pois eles são multifatoriais e ainda impulsionados por conflitos na África, Oriente Médio, Ásia e Europa Oriental. (2000, p. 9). Chamam a atenção dois deles: Síria e, mais recentemente, Ucrânia. O primeiro vive uma guerra civil interminável entre as tropas de Bashar al-Assad, ditador que preside o país com o apoio da Rússia, que luta contra a resistência oferecida por um grupo de militares dissidentes que são mantidos pelos Estados Unidos e outros países do Ocidente europeu. Mais de 5 milhões de sírios saíram do seu país de origem.

No caso da Ucrânia, as pretensões norte-americanas de cercar a fronteira russa na Europa Oriental com países da Organização do Tratado do Atlântico Norte eivou a ideia de Vladimir Putin de invadir o país eslavo. É nítido que Putin deseja tomar as redes da região, lembrando os tempos da antiga União Soviética.

Mais de um milhão de ucranianos deixaram o país em pouco tempo, devido à celeridade na construção de corredores humanitários em um esforço homérico do Ocidente em garantir o direito à vida, que é a base dos direitos humanos; por outro lado, há pouco tempo, Ayslan Kurdi, um garoto sírio de cinco anos de idade morreu afogado em uma praia turca com toda a sua família.

A imagem do garoto virou um símbolo da crise migratória; no entanto, passado cinco anos, os corredores humanitários de ajuda aos sírios são poucos, pois a Europa não quer a entrada deles. São os “estranhos” batendo à porta, parafraseando Bauman (2017), “expulsos”, como diz Sassen (2016) ou “indesejados”, como sinaliza Arendt (1989). Não se garantem direitos fundamentais independentemente do conceito utilizado. Por isso que Anthony Giddens não dissocia a análise das migrações, da etnicidade, do racismo e da xenofobia (2008).

O Brasil, há pouco tempo não era uma área de atração ou repulsão demográfica. O país sofria com a “migração de cérebros”, que seria um grupo de indivíduos altamente qualificados que se dirigem para outros países em busca de melhores salários e de estrutura científica para dar continuidade à sua própria evolução intelectual. O sucateamento das agências de fomento contribuiu com o fenômeno.

Contudo, a América Latina vive um cenário de instabilidade, fazendo do Brasil uma área de atração demográfica. Para além dos retrocessos sociais, políticos e civis que se vive no país, o Brasil tornou-se para haitianos e venezuelanos uma área de atração demográfica. Com muitas falhas e muita luta, o Brasil ainda concede guardar algumas garantias fundamentais, tais como liberdade religiosa, política e econômica.

Acredita-se que o destino desejado por esses migrantes seriam os Estados Unidos, que fechou ainda mais suas fronteiras após os atentados de 11 de setembro. No caso dos venezuelanos, a maioria deles foge do desemprego, inflação e o desabastecimento de produtos básicos. Nicolas Maduro, ditador venezuelano, não conseguiu manter o ritmo de crescimento econômico do país que havia herdado de Hugo Chávez. O cenário internacional tornou-se desfavorável. A economia do país vizinho depende essencialmente do petróleo, correspondendo a quase 90% do PIB (Produto Interno Bruto).

No início do século XXI, o barril do petróleo era vendido a U\$ 100 (cem dólares), o que permitiu a Chávez promover políticas de transferência de renda, melhorias nas condições sociais e na implantação de programas de acesso à moradia. Antônio Oliveira entende que Chávez, ao aumentar o tamanho do Estado, alimentou a ira dos empresários do país; por seu turno, o presidente iniciou um processo de perseguições políticas a grupos de oposição (2019, p. 220).

As sanções econômicas impostas ao regime de Nicolás Maduro, associadas à crise do mercado de *commodities* de petróleo arruinaram a economia venezuelana. O bolívar (moeda corrente) hiperinflacionado e o desemprego massivo resultaram em um caos social. Como resultado, os refugiados venezuelanos dirigiram-se para a Colômbia e para o Brasil. Segundo os dados da ACNUR, o Brasil recebeu 37 mil deles.

Santos e Prado (2021) alegam que os refugiados ficam a cargo do CONARE (Comitê Nacional de Refugiados). Ele é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, “que delibera sobre as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Brasil” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, s.a.). Os autores notaram que a legislação pátria caminhou razoavelmente bem: o instituto do refúgio encontra-se bem delimitado na Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Em seu artigo 1º, inciso III, a lei indica que será reconhecido como “refugiado todo indivíduo que, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país” (SANTOS; PRADO, 2021, p. 3).

O problema estaria justamente na efetiva inclusão desses grupos à cidadania, com seus direitos sociais e civis. Vide o caos social presenciado em Pacaraima, Roraima, cidade fronteiriça à Venezuela, que não tinha a menor condição de receber os migrantes. A falta de apoio do governo federal ainda é nítida. Como resultado, criou-se um paradoxo: o venezuelano opta por refúgio por conta de ausência de condições básicas de sobrevivência no seu país de origem, e muitos vivem por aqui com as mesmas dificuldades. Logo, eles esbarram na dificuldade pátria em garantir a cidadania plena, como bem sinaliza José de Souza Martins (1994).

Renam Vidal Mina e José Rodolfo Tenório Lima (2018) esclarecem que esse ambiente cria um local próprio à xenofobia: agressões verbais, simbólicas e físicas contra venezuelanos

tornaram-se corriqueiras. Dessa forma, os autores colocam em discussão o mito da nossa cordialidade, que outrora foi proposto por Sérgio Buarque de Holanda, bem como sinalizam a resistência de uma parcela do povo brasileiro a movimentos migratórios recentes, em um país que foi construído com a chegada de imigrantes da Europa, África e Ásia.

O contrassenso é nítido. E também envolve os imigrantes haitianos. Antonio de Aguiar Patriota realça que o país vive uma crise política desde o início dos anos 2000, quando houve um questionamento do processo eleitoral. O então presidente interino Boniface Alexandre (2010) pediu intervenção da comunidade internacional diante da escala da violência. Foi daí que o Brasil passou a liderar a Missão das Nações Unidas de Estabilização do Haiti (MINUSTAH), que imersa em desafios e problemas, conseguiu alguns resultados positivos.

O terremoto de Porto Príncipe que ocorreu em 2010 colocou o país novamente em colapso: 220 mil mortos, 300 mil feridos e mais de 1 milhão de desabrigados. (PATRIOTA, 2010, p. 71). As crises econômica e social se agravaram. O Brasil não negou esforços junto a MINUSTAH para manter a ordem social; contudo, o Haiti apresenta o pior Índice de Desenvolvimento Humano da América.

Tornou-se uma área de repulsão demográfica. Por uma questão de proximidade geográfica, muitos haitianos se dirigiram aos Estados Unidos da América, que só no período de 2015 a 2017 deportou 10 mil deles (CONTINGUIBA; CONTINGUIBA, 2017, p. 125). Sebastião Moura, ao comentar a dissertação de mestrado de Priscila Pachi, coloca que o Brasil tornou uma possibilidade aos haitianos, principalmente devido à projeção que o país teve com a Copa do Mundo e as Olimpíadas.

Dessa forma, deslocaram-se para trabalhar na construção civil, e tal como acontece em outros países, tornaram-se mão de obra barata. (2021). Assim como acontece com os venezuelanos são afetados por agressões e xenofobia. Moura (2021) coloca que o haitiano vê o Brasil como um país acolhedor. Do ponto de vista jurídico, o governo ofereceu ao povo do Haiti visto humanitário, pois os haitianos “não se enquadram na definição clássica de refugiado nem na definição da Lei 9.474/97”. (DUTRA; SILVA, 2016, s.p.). Os autores ainda sinalizam as dificuldades que os haitianos

encontram para arrumar emprego, seja pela língua ou pelo racismo estrutural que existe no país.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A discussão que se encerra por ora está distante de ser fechada. Direitos humanos e movimentos migratórios apresentam uma literatura vasta, com recortes teóricos e metodológicos variados.

Pode-se afirmar que direitos humanos são mal compreendidos. Falta à sociedade civil organizada vê-los e aplicá-los com seriedade. Há episódios que criam comoções pontuais, resultando em uma discussão que é sempre importante. O ideal é que direitos humanos fossem discutidos todo dia e diariamente as pessoas lutassem por ele. As conquistas nessas batalhas diárias melhorariam as relações sociais, harmonizariam os conflitos e permitiriam, quiçá, maior justiça social.

Por outro lado, é visível que no atual cenário existe um conjunto de forças que desejam impedir os avanços dos direitos fundamentais. Para o autor do texto, o capitalismo neoliberal implode os direitos humanos à medida em que cria um princípio segundo o qual a fonte da ética está única e exclusivamente no acúmulo financeiro. Comparato (2019), Hunt (2009) e Sassen (2016) seguem pelo mesmo caminho.

A regra fria da oferta e procura não consegue solucionar os problemas da equação que ela mesmo cria. Enquanto as assimetrias econômicas entre as nações continuarem, os movimentos migratórios crescerão na mesma proporção. Eventos naturais, como é o caso do terremoto que ocorreu no Haiti, agravaram ainda mais os problemas do país caribenho. No caso da Venezuela, a pressão internacional pela queda de Nicolás Maduro levou o seu povo à exaustão econômica.

Por fim, o Brasil é signatário de vários tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e migrações. A aplicação deles é o principal desafio, ainda mais no tenso cenário econômico e político vivido na última década. Sem a efetivação empírica da lei positivada, torna-se mais difícil avançar na consolidação dos direitos humanos para migrantes e outros grupos minoritários. Isso não significa que nada é feito; no entanto, é pouco, comparado à rica literatura

e à jurisprudência que existem para ambos os temas. Por isso, a importância de ampliar as “fronteiras do pensamento” em relação à temática que foi desenvolvida ao longo deste texto.

## REFERÊNCIA

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONTIGUIBA, Geraldo Castro; CONTINGUIBA, Marília Lima Pimentel. Balanço e reflexões sobre a imigração haitiana no Brasil: um ensaio. In: **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 12, n. 12, 2017, p. 117-129. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12\\_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf). Acesso em: 12/3/2022.

DUTRA, Cristiane Feldmann; SILVA, Rodrigo da. Os imigrantes haitianos no Brasil e a discriminação múltipla. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, jul.-set. de 2016. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2016/03/imigrantes.html>. Acesso em: 12/3/2022.

Embaixada da França. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12/3/2022.

FERNÁNDEZ, Marta. O Cosmopolitismo Kantiano: Universalizando o Iluminismo. **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro, v. 36, n. 2, jul.-dez. de 2014, p. 417-456. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/hhMCC5VrYz8kKpDGjyTQMRq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12/3/2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média, nascimento do Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

FRANCO, Luiza. Mais da metade dos brasileiros acham que direitos humanos beneficiam quem não merece, diz pesquisa. **BBC News Brasil**. 11/8/2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45138048>. Acesso em: 14/8/2021.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**: romance da história da filosofia. Tradução de João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HANNAH, Arendt. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**: Europa (1789-1848). Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

HOCHSCHRILD, Adam. **O Fantasma do Rei Leopoldo**. Uma história de cobiça, terror e heroísmo na África Colonial. Tradução de Beth Vieira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARTINS, José de Souza. **O poder do atraso**: Ensaios de Sociologia da História Lenta. São Paulo: Editora Hucitec, 1994.



- MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos. **Estudos Avançados**. Dossiê Direitos Humanos, n. 11, ago.1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/T6MDmtWgwvr5Mk9HcJJXmHL/?lang=pt>. Acesso em: 14/8/2021.
- MINA, Renan Vidal; LIMA, José Rodolfo Tenório. A “cordialidade” do povo brasileiro frente à imigração de venezuelanos em Roraima: uma discussão sobre a xenofobia. **Revista del Cesla**, n. 22, p. 327-348, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/2433/243360086015/html/>. Acesso em: 12/3/2022.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Comitê Nacional para os Refugiados (Conare)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/institucional>. Acesso em: 12/3/2022.
- MOURA, Sebastião Marcos. Mesmo com cenário desfavorável, imigrantes haitianos seguem buscando o Brasil. Por quê?. **Jornal da USP**. 21/9/2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/mesmo-com-cenario-desfavoravel-imigrantes-haitianos-seguem-buscando-o-brasil-por-que/#:~:text=Segundo%20dados%20da%20Pol%C3%ADcia%20Federal,brasileiro%20entre%202010%20e%202017>. Acesso em: 12/3/2022.
- OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. A Migração Venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**. v. 13, n. 1, 2019, p. 219-244. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/24297>. Acesso em: 12/3/2022.
- PATRIOTA, Antonio de Aguiar. Haiti: desafios e oportunidades no pós-terremoto. **Boletim de Economia e Política Internacional**. n. 2, abril de 2010, p. 69-75. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4727/1/BEPI\\_n2\\_haiti.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4727/1/BEPI_n2_haiti.pdf). Acesso em: 12/3/2022.
- PRADO, Gustavo dos Santos. **A Nova República sem máscara**: uma interpretação do Brasil às vésperas do bicentenário da independência. São Paulo: Editora Dialética, 2021.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.
- SANTOS, Rafael José dos; PRADO, Gustavo dos Santos. “A imigração venezuelana para o Brasil”: um debate histórico, econômico e jurídico. XIX **Encontro Científico Cultural Interinstitucional**. Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacs, Cascavel-PR. Disponível em: [https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/ecci\\_2021/11-10-2021--13-16-51.pdf](https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/ecci_2021/11-10-2021--13-16-51.pdf). Acesso em: 12/3/2022.
- SANTOS, Rogério Dutra. A institucionalização da domática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 182-189.
- SASSEN, Saskia. **Expulsões**. Brutalidade e complexidade na economia global. Tradução de Angélica Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.
- SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SOUZA, Victor Martins. **A aliava e o Arco**: o que a África tem a dizer sobre Direitos Humanos – um estudo da Carta Mandinga. Tese (Doutorado em História Social). São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.
- TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos, teoria e prática**. João Pessoa: Editora da UNFP, 2004.
- UNICEF. **O que são os direitos humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brasil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acesso em: 14/8/2021.

# **[ CAPÍTULO 8 ]**

## **A CONTRIBUIÇÃO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA A PARTIR DA LEI 12.527/2011 E DA LEI 13.709/2018**

Lucas Paulo Orlando OLIVEIRA<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Membro do Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS). Membro do Grupo Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro FAG. Professor do Centro Universitário FAG. E-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

# 1 INTRODUÇÃO

Em meio ao processo de transformação do Estado-nação é possível identificar que a sociedade brasileira enfrenta uma dupla tarefa. A primeira é resultado direto de uma promessa da modernidade ainda não cumprida<sup>51</sup>, onde se pretende que haja a participação ativa pelo interesse público em uma estrutura administrativa permeada por referências republicanas e democráticas.

A segunda é sintomática do contexto histórico atual que, pelo avanço das tecnologias, do processo de globalização, no sentido econômico, e da mundialização, em relação aos direitos humanos<sup>52</sup>, provoca alterações institucionais no Estado-nação, a ponto de ser necessária a reflexão a respeito de quais elementos que irão servir de referência para a construção de uma burocracia adaptada à dinâmica de um mundo conectado.

Para tanto, parte-se da premissa de que, via de regra, os brasileiros não depositam confiança na administração pública. De forma que, há uma desconfiança que tende a afastar a participação popular dos espaços decisoriais e mesmo de atividades de fiscalização, entendidas aqui como grandes funções de cidadania.<sup>53</sup>

Como proposta ressonante dos processos de reforma das instituições estatais, no contexto de desenvolvimento das novas tecnologias, há o princípio da transparência. Mesmo que seja abordada a conceituação novamente ao longo do texto, importa registrar o sentido que se emprega tal conceito. De forma diferente da publicidade, que implica no oferecimento das informações pertinentes à administração pública à coletividade, a transparência exige uma certa proatividade do administrado, uma vez que se trata de garantir o acesso à informação quando houver interesse por parte da pessoa ou grupo.

---

<sup>51</sup> Canotilho (2008) apresenta a tese de que o projeto da modernidade política estava alicerçado no cumprimento de três grandes promessas a partir do Estado. A primeira seria a proteção contra a violência e o arbítrio. A segunda seria de responder à desigualdade política, de força a sustentar a liberdade e a democracia. Por fim, a terceira seria o enfrentamento da pobreza por meio de esquemas de socialidade. Quando se refere nesse trabalho à superação de promessas ainda não cumpridas, faz-se alusão especialmente à segunda, que guarda relação direta com as demais, sem que se olvide da relação triangular dialética entre as promessas que é destacada pelo próprio autor.

<sup>52</sup> Distinção realizada por Saldanha (2018).

<sup>53</sup> Este argumento será melhor desenvolvido no item 2.2.

Em uma sociedade onde as informações ganham cada vez mais importância social, política e econômica, lapidar o aparato público de forma a moldá-lo sob a métrica da transparência, pressupõe uma atividade de cidadania constante e, ao mesmo tempo, abre oportunidade para a construção de um perfil mais ativo de cidadania que, além de esperar a prestação de informações pela administração, se projeta e manifesta interesse em acompanhá-la e fiscalizá-la.

Ambicionando explorar a correlação entre a formação cidadã no contexto brasileiro e a estruturação da administração pública transparente, o presente texto será dividido em duas partes. Na primeira, pretende-se um breve relato histórico da relação entre os brasileiros e os espaços decisoriais públicos. Na segunda parte, será apresentada uma abordagem a respeito das necessidades de reorganização estrutural do Estado diante do cenário provocado pelas novas tecnologias, sob a perspectiva da transparência.

## **2 A RELAÇÃO DO BRASILEIRO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A primeira parte desse trabalho se subdivide em dois tópicos. No primeiro, pretende-se expor análises histórica e sociológica, a respeito das razões de uma ausência de formação cidadã na história brasileira que viabilize uma cultura democrática, requisito necessário ao exercício da transparência, conforme se pretende delinear.

No segundo tópico, o objetivo é evidenciar que longe de ser uma dificuldade pretérita, ainda hoje, é possível constatar fundamentos para se concluir por uma cidadania ausente dos espaços de decisão e de fiscalização da administração pública.

### **2.1 UMA REPÚBLICA SEM POVO: APORTE HISTÓRICO DA INANIÇÃO CÍVICA BRASILEIRA**

Pretende-se sustentar a tese de que, em geral, há uma ausência histórica de participação dos brasileiros nos espaços de decisão da administração pública. Com a referida análise não se pretende, no entanto, desprezar momentos importantes de participação e mobilizações populares organizadas pelos movimentos sociais que atuam na reivindicação dos direitos de

moradia, reforma agrária, proteção ao meio ambiente, enfrentamento da violência doméstica, entre outros. Tais organizações devem ser devidamente reconhecidas e notabilizadas pela conquista do direito, tanto por suas ações institucionais, como pela educação política que suas ações propiciam.

No entanto, a história brasileira ainda carrega grandes marcas de apatia dos brasileiros em relação às decisões públicas. Assim, reconhecendo o mérito de tais esforços e mesmo situações de exceção à regra histórica, como o movimento das 'Diretas Já', há raízes que ainda nutrem espaços de indiferença quanto ao exercício da cidadania e precisam ser devidamente consideradas para o mérito desse trabalho.

A história do Brasil está marcada por situações, desde o período colonial, em que há explícitas manifestações de patrimonialismo, onde ocorre uma confusão entre o público e o privado de forma a submeter os interesses e as finalidades públicas ao arbítrio dos interesses privados (FAORO, 2012). Utilizando-se, assim como Faoro, de um aporte teórico weberiano, Holanda (1995, p. 146)<sup>54</sup>, define que para o “funcionário patrimonial, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular”.

No que tange ao objeto que se pretende desenvolver, a percepção do patrimonialismo importa porque, se há confusão entre o espaço político com a esfera de interesses individuais, não haverá terreno possível para o exercício da participação popular. Assim, pode-se afirmar que o patrimonialismo é incompatível com o espaço público (ARENDT, 2016).

Partindo dessa premissa de incompatibilidade entre patrimonialismo e esfera civil, a confusão entre os assuntos de interesse público e privados, é refletida logo no início da história institucional brasileira. Como exemplo de postura antirrepublicana no período já posterior à independência, pode-se citar o fato de que antes mesmo da convocação da Assembleia Constituinte, conforme registra Lages (2014), D. Pedro I editou Decreto do Príncipe Regente de 18 de junho de 1822, que determinou a criação de um órgão censor para evitar

---

<sup>54</sup> Não se ignora o debate sociológico sobre a abordagem de autores como Faoro, Holanda e Comparato. Em que pese as divergências destes autores como Souza (2018), que sustenta o conceito de subcidadania decorrente de construções que levam à subserviência obediência dos brasileiros, e Calligaris (2017), que realiza uma abordagem psicanalítica da formação social brasileira, mesmo que por caminhos diversos, chegar-se-ia à conclusões semelhantes sobre a ausência de participação sistemática da população brasileira nos espaços públicos.

abuso da liberdade de imprensa, de forma que todas as tipografias do reino eram obrigadas a enviar um exemplar para o respectivo órgão, de todos os textos que por elas fossem impressos. Ou seja, no Brasil a opacidade da administração e a censura precedem à própria Constituição. Ao final, a restrição ao debate público foi tamanha, que a Assembleia Constituinte foi dissolvida e Dom Pedro I, nomeou uma comissão para a criação de uma carta que lhe fosse conveniente.

Outra situação emblemática da vulnerabilidade do espaço público brasileiro, se deu por ocasião da Proclamação da República, onde houve um debate bastante restrito aos segmentos sociais, que historicamente guardavam maior proximidade com os assuntos da Corte Imperial. Assim, o enfrentamento de forças se deu, a favor da proclamação, pela elite agrária, descontente com a abolição da escravatura e desejosa de maior empoderamento local frente à centralização monárquica, e também das forças armadas, que cultivavam descontentamentos com a Coroa desde a Guerra do Paraguai. De outro lado, contra a República e a favor da monarquia, havia algumas lideranças do movimento abolicionista que se sentiram incentivados pela Lei Áurea à manutenção do poder imperial (COMPARATO, 2017).

Mas, em meio a esse embate, onde estava o povo? Carvalho (2019) relata que, alguns dos contemporâneos do acontecimento, como Aristides Lobo, ficaram impressionados com a cena paradoxal da proclamação da República brasileira. Isso porque, ao contrário do protagonismo esperado para instauração republicana, o povo assistiu às movimentações dos militares, que destituíram o governo, inerte. O termo empregado pelo registro de Aristides foi *bestializado*. Essa passividade histórica reflete, uma vez mais, o desafio que há para a construção de um outro perfil de cidadania para os brasileiros, mas que por certo não torna impossível tal empreitada.

Os autores acima mencionados seguem matrizes weberianas e marxistas de análise histórica. No entanto, ainda que se recorra a abordagem psicanalítica de Calligaris (1991, p. 64), também será possível afirmar um distanciamento do brasileiro em relação aos espaços institucionais, à medida que o autor reconhece que o cinismo é “o modo dominante da relação brasileira com toda instância simbólica”.

Em linhas gerais, passados 198 anos de sua Independência, ainda que reconhecendo no cômputo regimes democráticos e republicanos questionáveis, como a república do café com leite e o período varguista, o Brasil vivenciou a concomitância de república e democracia apenas de 1889 a 1937; 1946 a 1964; e 1988 a 2020, totalizando 94 anos, apenas.

Atualmente, com a experiência de um governo republicano e sistema democrático, é possível destacar outra variável que prejudica a participação nos espaços públicos de decisão. Nesse contexto, importa ressaltar a posição de Sustain (2003), ao registrar que, não é qualquer informação que serve de referencial para o interesse público. O autor destaca que, inicialmente, havia uma preponderância de domínios *.gov* e *.edu*, mas que agora há a preponderância dos domínios *.com*. Isto é, a internet está se transformando em um espaço privilegiado de consumo, mas ainda sem uma contribuição efetiva à cidadania.

No Brasil, ante seu quadro de grande desigualdade social, de acordo com Limberger (2016a), a melhora na economia permitiu que houvesse a prática de consumo, sem que concomitantemente a ela chegasse também a proteção de direitos sociais. A autora ainda destaca que, se há inclinação ao esvaziamento da importância das informações que circulam pelas redes sociais, convertendo-se em espaço privilegiado de consumo, agravado por uma sociedade estruturalmente desigual, a forma de se contrapor a essa situação é considerar a veiculação de informações relevantes para a formação de uma cultura de cidadania, entendida como aquela que dialoga com os princípios e valores constitucionais.

Reconstruir a democracia brasileira para que ela supere o caráter homologatório ou o torpor bestial e, que permita uma participação mais ativa, não apenas na manifestação de concordância ou não de propostas que advenham da administração pública, mas que possa ser meio propositivo, é um dos desafios incontornáveis para os próximos anos no Brasil.

Assim, cabe uma investigação sobre como anda o acesso à tecnologia no Brasil e qual é a percepção de confiança do brasileiro na participação e interação no universo digital.

## 2.2 A ATRAÇÃO E A DESCONFIANÇA NO ESPAÇO DIGITAL BRASILEIRO

É possível identificar um processo de desenvolvimento histórico da comunicação em quatro etapas, conforme apresentado por Limberger (2016a). A primeira consiste na comunicação oral dos primeiros povos. A segunda é marcada pelo surgimento do alfabeto, que permite a transmissão de conhecimento entre as gerações. A terceira tem como principal característica, o advento da imprensa, viabilizando a propagação de informações de modo rápido e para um grande número de pessoas. Por fim, a quarta fase é marcada pelos meios de comunicação em massa, como rádio, televisão, cinema e computadores.

Especificamente, o desenvolvimento das tecnologias da informação é que traz um recorte mais próximo do objetivo desse trabalho. Nesse contexto específico, se destaca a Internet. O histórico de desenvolvimento da rede mundial de computadores começa, de acordo com Castells (2003), com o projeto gerido pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos em 1958. A pretensão inicial, era de realizar a integração de diferentes computadores, para viabilizar a transmissão de informações às pesquisas do período da Guerra Fria entre diferentes pesquisadores americanos.

Aos poucos, a rede foi ampliada, de forma a contemplar também instituições de ensino superior, como as universidades de Stanford, Santa Barbara e Utah. Posteriormente foram registrados, em 1975 o Arpanet foi transferido para a Defense Communication Agency (CDA). E, em 1983, o Departamento de Defesa criou a Milnet, com finalidade específica para uso militar, permitindo a utilização da Arpanet para fins exclusivamente civis. Em 1990, a Arpanet se tornou tecnologicamente obsoleta e foi retirada de operação. Com o avanço das tecnologias de domínio público, com destaque para o trabalho de Berners-Lee responsável pelo sistema de hipertexto de *world wide web*, houve a privatização da rede e a viabilização de seu uso comercial em escala a partir da década de 1990 (CASTELLS, 2003).

No Brasil, o uso da Internet começou a se estruturar burocraticamente a partir de 1995, sob coordenação do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.BR), órgão criado pela Portaria Interministerial 147, de 31 de maio de 1995.



Em um recorte mais contemporâneo, o relatório Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC de 2017, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, constatou que 74,9% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet, o que representa uma maioria bastante significativa. De outro lado, entre as principais causas que apareceram na mesma pesquisa para as razões apresentadas pelas famílias que não possuíam acesso, destaca-se a ausência de interesse (34,9%); o custo de contratação do serviço (28,7%); e, em terceiro lugar, o desconhecimento sobre como utilizar a rede (22,0%) (IBGE, 2017).

Não foram apenas os lares brasileiros que se digitalizaram nos últimos anos. Também na administração pública houve mudanças estruturais na forma de relacionamento com o cidadão. No ano de 2000, surge a primeira referência nas políticas públicas com o Programa de Governo Eletrônico que foi implantado pelo Decreto Presidencial de 03 de abril. Desde então, a implementação das novas tecnologias nos serviços públicos ocorreu de forma acelerada, permitindo que no ano de 2019, mais de 500 serviços públicos digitais estivessem à disposição da população brasileira (BRASIL, 2020).

Contudo, os termos de confiança nas relações estabelecidas no espaço digital ainda são motivos de incerteza. Em uma pesquisa realizada pela The Harris Poll, considerando 11 países, entre eles o Brasil, no ano de 2019, constatou-se que 96% dos entrevistados brasileiros avaliam que as empresas deveriam fazer mais para a proteção dos dados pessoais de seus consumidores. Além disso, 6 a cada 10 brasileiros relataram que já foram vítimas ou conhecem vítimas de vazamento de dados. Ainda, 81% dos entrevistados relatam que não possuem mais controle sobre como seus dados pessoais são utilizados pelas empresas (IBM, 2019).

Por certo que, a pesquisa não realiza um recorte específico a respeito da confiabilidade dos usuários de serviços da administração pública brasileira, mas serve de referência para evidenciar como o espaço digital, em geral, é percebido por seus usuários.

Para complementar o quadro apresentado, acrescenta-se a análise dos índices de confiança apresentados pelo estudo Edelman Trust Barometer de abril de 2020, onde se registravam os índices de confiança dos brasileiros nas instituições de governo no patamar de 37%, enquanto que as

empresas, objeto da pesquisa anterior, eram dignatárias de 64% de confiança (Edelman Intelligence, 2020).

Assim, ainda que não haja o registro de pesquisa específica a respeito da temática, com as premissas expostas não seria desproporcional concluir que, se há um índice de 96% de desconfiança em relação à forma de gestão dos dados por parte das empresas, que gozam de 64% de confiança dos brasileiros, é possível afirmar que as instituições de governo, cujo índice de confiança é de 37%, apresentariam um potencial de maior desconfiança do que o setor privado quanto à gestão dos dados.

Constata-se também uma certa relação paradoxal dos brasileiros que usam a Internet (74,9%), mas que ao mesmo tempo guardam desconfianças a respeito da gestão das informações nesse espaço (96%), ou mesmo se sentem sem controle a respeito de como as informações que lhes dizem respeito, mesmo que em uma seara privada, são tratadas (81%).

Um comportamento semelhante pode ser extraído do espaço republicano e democrático do exercício do voto, uma vez que há a estimativa, conforme pesquisa desenvolvida pela Avast (2018), de que 92% dos eleitores duvidam da idoneidade das urnas eletrônicas, procedimento que foi sendo adotado gradualmente desde as eleições municipais de 1996. Porém, ainda assim há o comparecimento significativo dos eleitores, com índice de abstenção sendo registrado em 20,3% no primeiro turno das últimas eleições federais e estaduais e de 21,3% no segundo turno (TSE, 2018).

Percebe-se a interação com a administração pública ocorre, ainda que sob desconfiança. A tensão emergente de tais variáveis pode ser superada pelas práticas de transparência por parte da administração, de forma a cultivar uma relação de confiança e credibilidade com os cidadãos na gestão de dados permitindo que façam parte das decisões e compreendam os processos operativos da máquina pública.

### **3 A TRANSPARÊNCIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A segunda parte desse trabalho se subdivide, em um primeiro momento, na análise a respeito das alterações estruturais do Estado-nação e, de como as tecnologias podem servir tanto para a legitimação de dominação, como para a construção de utopias concretas pelo direito.

Em um segundo momento, será afirmada as possibilidades de construção de novos espaços de gestão pública a partir da transparência, permitindo que haja o direcionamento do processo de adaptação institucional a serviço da construção de espaços democráticos.

#### **3.1 A TECNOLOGIA A FAVOR DA ESPERANÇA E AS ALTERAÇÕES ESTRUTURAIS NO ESTADO-NAÇÃO**

O desenvolvimento de novas tecnologias reconfigurou os paradigmas de compreensão da sociedade nas últimas décadas. Conforme destacado por Frosini (1986), pode-se constatar uma verdadeira mutação tecnológica que se estabelece a partir da segunda metade do século XX, onde a percepção de que o homem enquanto símbolo da humanidade muda para o homem novo, o da tecnologia. O autor italiano evidencia três aplicações da tecnologia como referenciadoras de sua afirmação. A primeira, consiste no desenvolvimento daquilo que ele se refere como calculadora eletrônica, que permitiu o desenvolvimento da cibernética, robótica e informática. A segunda, o lançamento de satélites artificiais para o espaço extraterrestre, permitindo assim a exploração interestelar. E, por fim, as tecnologias de comunicação à distância, que aboliram os limites de tempo e espaço para as comunicações humanas.

Como conseqüência do homem artificial assinalado por Frosini, há também um direito artificial, conforme Limberger (2016). Essa expressão é empregada como oposição à ideia de direito natural, no sentido da clássica divisão grega entre *physis* e *tecné* e, implica em atribuir ao direito contemporâneo, uma artificialidade própria da época da automação e um

consequente tensionamento da dinâmica lógico-formal das máquinas com a consciência ética humana.

Se por um lado é possível destacar que o recurso à metáfora da artificialidade não é novidade no âmbito da teorização do Estado, pois já presente no pensamento de Hobbes (1651, p. 119)<sup>55</sup>, é com Max Weber, que a racionalização enquanto técnica de administração atinge sua consolidação na modernidade.

A *tecné* em si não possui nenhuma adjetivação possível, como sendo boa ou má. No entanto, não é em virtude de sua pretensa neutralidade que está eximida de afetações ética e jurídica. Nesse sentido destaca que o desenvolvimento das tecnologias pode implicar em uma redução das liberdades humanas, até que se abra horizonte para uma sociedade totalitária:

En este universo, la tecnología también provee la gran racionalización para la falta de libertad del hombre y demuestra la imposibilidad «técnica» de ser autónomo, de determinar la propia vida. Porque esta falta de libertad no aparece ni como irracional ni como política, sino más bien como una sumisión al aparato técnico que aumenta las comodidades de la vida y aumenta la productividad del trabajo. La racionalidad tecnológica protege así, antes que niega, la legitimidad de la dominación y el horizonte instrumentalista de la razón se abre a una sociedad racionalmente totalitaria (1993, p. 186)

Também se registra a crítica de Horkheimer (2002, p. 26), que considera que a razão se tornou algo inteiramente absorvido pelo processo social, sem a referência a um conteúdo objetivo específico, de tal forma que “seu valor operacional, seu papel no domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la”.

Nesse sentido, chama a atenção o destaque atribuído por Castells (2003) à evolução autônoma da internet de acordo com a necessidade do uso. O autor espanhol reconhece que toda tecnologia se desenvolve pela atividade dos próprios usuários, que aos poucos aperfeiçoam as possibilidades de aplicação da técnica em virtude das próprias necessidades que constatarem. No entanto, essa dinâmica se aplica às novas tecnologias de forma muito mais célere do que as do passado,

---

<sup>55</sup> Of all these forms of government, the matter being mortal, so that not only monarchs, but also whole assemblies die, it is necessary for the conservation of the peace of men that as there was order taken for an artificial man, so there be order also taken for an artificial eternity of life; without which men that are governed by an assembly should return into the condition of war in every age; and they that are governed by one man, as soon as their governor dieth. This artificial eternity is that which men call the right of succession.

uma vez que o resultado do processo de aprendizagem através da produção e a difusão da tecnologia ocorre de forma instantânea em todo o globo.

Partindo da perspectiva sustentada por Marcuse e considerando ainda a análise de Castells, tem-se no desenvolvimento da Internet e, por consequência, das novas tecnologias um *ethos* eminentemente pragmatista e que se mantido à deriva, inevitavelmente, será gerido de acordo com interesses de dominação, como denunciado pelos autores da Escola de Frankfurt.

Contudo, o próprio Marcuse (1993) destaca uma outra possibilidade. O autor sustenta a necessidade de que a técnica, no caso a ciência, seja associada a um projeto civilizatório, que ocupe um lugar para a referenciação do desenvolvimento científico. Em outras palavras, se até aqui a internet caminhou de forma espontânea, sem o comprometimento com referenciais éticos, há a necessidade cada vez mais evidente, de que se legitimem os desenvolvimentos técnicos associados à promoção dos direitos humanos e vieses democráticos.

O desafio que se estabelece não é de pequena proporção, tanto pela dificuldade do controle das redes, como pela escala que se opera. O impasse que se estabelece pode ser oportunamente representado pelo diálogo entre as obras de Walter Benjamin e Zygmunt Bauman. No texto *Teses sobre Filosofia da História*, de Walter Benjamin (2012, p. 135), há a referência ao quadro de Paul Klee intitulado *Angelus Novus*, na imagem há um anjo com as asas desfraldadas, olhos escancarados e boca aberta. Benjamin interpreta essa figura como se fosse o anjo da história, que por vontade, pretenderia ficar onde está para “despertar os mortos e reunir os vencidos”. No entanto, há um impetuoso vento vindo do paraíso que o impele para o futuro.

Por sua vez, Bauman (2017), reflete que agora é o futuro que apresenta a figura como lugar da ameaça. Se Benjamin escreveu suas teses sobre o conceito de história em 1940, onde o passado e presente se revelavam como espaço de grande ameaça e destruição, nas décadas atuais, o espaço da ameaça é projetado como sendo o futuro, justamente por se revelar como algo não confiável e não administrável. Exatamente essas são as percepções que foram retratadas na primeira divisão dessa parte quanto aos usuários e as novas tecnologias.

Percebe-se assim, que a ambivalência presente nos dados empíricos e na confiança dos usuários de internet em relação ao uso das novas tecnologias, também se reflete nos aportes teóricos que versam a respeito do tema.

Para que seja organizado um projeto civilizatório digno de suscitar esperanças a partir da experiência do avanço das novas tecnologias, é necessário que se desenvolvam alternativas institucionais para que a técnica não seja fundida à dominação, como alertado por Marcuse.

O resgate das energias utópicas foi protagonizado, conforme asseverado por Habermas (2015) pela obra de Ernst Bloch. Nesse sentido, Bloch (2005) sustenta que haja a construção de uma sociedade democrática, construída pelas necessidades daqueles que chama “os debaixo”. Ou seja, admitindo a premissa habermasiana, um dos principais projetos de sociedade que o século XX conseguiu vislumbrar, foi a utopia concreta proposta por Bloch e, que tem como chave determinante para seu funcionamento, que as instituições ecoassem os anseios dos explorados. Para o referido autor, a eliminação de toda servidão deve ser o propósito último do direito (BLOCH, 2011).

Assim, sustenta-se um contexto orgânico entre as críticas realizadas pelos pensadores da escola de Frankfurt, que foram aqui trabalhados e, a necessidade de se compreender a construção de um ciberespaço com um compromisso civilizatório nos termos formulados por Bloch.

Passa-se agora a indicar as alterações institucionais do Estado-nação que podem contribuir para a vazão dos fluxos utópicos pretendidos. Para tanto, é necessário que se adicionem premissas para a análise contemporânea. Rodotà (2014) apresenta uma metáfora interessante para a reflexão que se pretende. O autor italiano propõe a investigação não sobre o fim da história, como se propunha após o fim da guerra fria, mas sim, sobre o fim da geografia institucional dos Estados. Se antes a metáfora do mar como sinal de liberdade era para contrastar com o nomos da terra, ou seja, das instituições, do direito, agora tem-se a possibilidade da navegação pelo ciberespaço como exercício de liberdade em contraponto à tutela institucional.

Ao dialogar com o autor italiano, Moraes (2018, p. 19) chama a atenção para o fato de que a interligação instantânea entre as existências permite uma “co-implicação babélica” em

que tempos e lugares convivem. Isto é, ainda que haja o distanciamento geográfico, ele é suprimido pelas possibilidades de conexão oferecidas pela tecnologia. Assim, está-se diante de um mundo sem centro, que encontra na rede a única possibilidade de organização.

Desenvolvendo ainda mais as alterações que refletem o que compreende como o fim do Estado-nação, Limberger (2016b) destaca que as oposições tradicionais do direito não permitem mais o diálogo da ciência jurídica com a realidade atual. Assim, a fonte do direito não é mais a nacionalidade confinada a um determinado território que, como já se viu, não faz mais sentido, mas se associa a titularidade de direitos à condição comum de humanidade.

Também a polarização de público e privado já não encontra a mesma aplicação de antes. Nesse sentido, Têmis Limberger (2016b) sustenta que há uma interpenetração das duas esferas, de tal modo que a prevalência do interesse público frente ao privado, por simples argumento de autoridade, como se construiu ao longo da modernidade já não mais se justifica<sup>56</sup>.

Importa ainda o destaque que a autora confere à noção de bens públicos mundiais ou valores comuns da humanidade, em referência ao pensamento de Delmas-Marty, que considera que as experiências das duas grandes guerras do século XX, somadas aos problemas ecológicos, firmam concepções comuns à humanidade que, se assim concebidas, podem contribuir para a identificação de valores universalizáveis.

Outra abordagem possível, seria a apresentada por Ulrich Beck (2006), ao reconhecer que os desafios de enfrentamento para a sociedade de riscos que se estabelece no contexto contemporâneo, não são mais suficientes às ferramentas que o Estado-nação possui.

Ao comentar a respeito dos processos de transformação institucional que o Estado-nação sofreu em meio aos avanços tecnológicos, e também em diálogo com a obra de Rodotà, entre

---

<sup>56</sup> Não há que se confundir as práticas de patrimonialismo, onde aquele que se titulariza de uma responsabilidade de zelo por patrimônio público trata como se dele fosse, inclusive com a utilização para finalidade privada com o fenômeno da interpenetração entre os espaços públicos e privados referida no tópico anterior como sintoma da reestruturação do estado-nação. Por ocasião dessa última apenas se pretende refletir sobre situações em que a preponderância do interesse público sobre o privado não pode ser considerada como uma presunção absoluta, mas sobretudo, que pretende o reconhecimento que as atuações privadas afetam a seara pública e vice-versa, de forma que se torna necessária uma articulação e cooperação entre as duas searas que antes não era pensada com a separação hirta entre as duas categorias.

outras, Limberger (2016a) destaca a necessidade de reinterpretar a doutrina dos três poderes. Isso porque, na forma concebida por Montesquieu e incorporada pelas primeiras constituições, há a compreensão de que o controle deva ser exercido de forma horizontal, ou seja, entre os próprios poderes, de forma recíproca. No entanto, com as alterações estruturais necessárias para os novos tempos, há que se estabelecer a referência do controle vertical, onde o exercício do poder ocorre diretamente pelo cidadão nas suas mais diversas funções.

Assim, seguindo a obra de Limberger (2016a) surge a necessidade de uma cidadania multinível, que possa dialogar e decidir conteúdos locais, nacionais e internacionais, além de uma nova relação entre os poderes institucionais, dessa vez horizontal, de modo a colocar o exercício da cidadania em pé de igualdade com as instituições sociais públicas.

Esse movimento, que se afirma ser condição para os referenciais teóricos mencionados acima, não pode ocorrer sem a prática da transparência no âmbito da administração pública. Desse modo, cabe uma breve investigação ainda, sobre como estão as práticas de transparência nos espaços públicos brasileiros.

### 3.2 A TRANSPARÊNCIA COMO CONTRIBUIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

De início, importa distinguir entre os conceitos de publicidade e transparência. Limberger (2016a) apresenta a distinção como sendo a publicidade o resultado do exercício em que a administração pública coloca à disposição da coletividade o conhecimento de seus atos, enquanto que a transparência corresponde à possibilidade de o cidadão ter acesso à informação pública. Assim, afirma a autora, “são dois movimentos distintos, mas com a mesma rota” (LIMBERGER, 2016a, p. 45).

Pode-se afirmar ainda, que a transparência é resultante do princípio da publicidade, com o direito de acesso à informação em uma amálgama com o princípio democrático. Desse exercício recíproco, onde a administração pública confere publicidade a seus atos e o cidadão acessa as informações, há o reforço da cultura democrática.



Pretende-se assinalar dois exemplos de legislações que contribuem para os propósitos assinalados ao longo da presente pesquisa, especialmente para a formação do perfil de cidadania adaptado às mudanças contemporâneas e à superação das inércias pretéritas. No primeiro caso, tem-se a Lei da Transparência. No segundo, a Lei de Proteção Geral de Dados.

A Lei da Transparência, 12.527/2011, apresenta a transparência como diretriz a ser desenvolvida em relação à efetivação do direito de acesso à informação (art. 3, VI).

Por sua vez, o art. 5º coloca como dever do Estado a garantia do acesso à informação de forma transparente, com a compreensão do procedimento facilitada, objetivamente e em linguagem acessível. Tais variáveis dialogam para os movimentos de inclusão e participação que outrora foram destacados como necessários.

Não apenas o acesso deve ser transparente, mas também a gestão das informações, conforme fixado pelo art. 6º, I. O art. 8º, §3º, I prevê ainda a necessidade de que os sítios eletrônicos permitam mecanismos de buscas que facilitem a pesquisa por parte dos cidadãos.

É prevista ainda a conjugação do dever de transparência com a proteção à privacidade das pessoas (art. 31). E ainda a realização de campanhas educacionais que promovam a importância do direito de acesso à informação e desta forma, também a cultura democrática necessária (art. 41).

Outra referência positiva, que pode ser destacada como adequada ao processo de reestruturação do Estado-nação e superação da lógica de dominação das tecnologias a partir da transparência, é a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018, que teve grande parte de seus dispositivos em *vacatio legis* até 03 de maio de 2021, prevendo a transparência como princípio regente do tratamento de dados, no art. 6º, VI:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Também a transparência aparece no artigo 10, como obrigação ao controlador de dados:

Art. 10 O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: (...) § 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

Por fim, no art. 50, §2º, I, alínea “e” aparece a referência que se buscou evidenciar nesse artigo, uma vez que há a determinação para que o operador dos dados estabeleça um programa de governança em privacidade, de forma a cultivar a confiança deste, por meio de uma atuação transparente e que assegure a participação do titular:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

(...)

e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;

Assim, ao menos em relação às vias legislativas, constata-se que há reformas estruturais positivas em relação à perspectiva histórica relatada, de forma que tanto a Lei de Acesso à Informação e Lei Geral de Proteção de Dados, em suas linhas gerais, na tutela da transparência, operacionalizam esse conceito no sentido de afirmar outras condições para o exercício da cidadania e adequar a gestão pública às necessidades do mundo que surge pelas novas tecnologias.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade brasileira se vê duplamente desafiada em relação ao avanço das novas tecnologias. Há, tanto a necessidade da superação de uma herança histórica de baixa participação democrática, como a dificuldade própria que a tecnologia produz ao trazer possibilidades de esperanças

utópicas de transformação da realidade social, mas também de dominação.

Assim, diagnosticou-se que ainda o cenário das novas tecnologias, especialmente da internet, não inspira confiança e interação por parte da população brasileira. No entanto, a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados são ferramentas legislativas de grande valia, ao promoverem a aplicação da transparência como forma de viabilizar tanto a cultura e educação cidadã, como também permitir que haja a participação da população tanto nos espaços decisórios quanto na gestão das informações por parte da administração pública.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AVAST. **91,84% dos brasileiros acreditam que o sistema eletrônico de votação pode ser violado nas eleições**. 22.08.2018. Disponível em <https://press.avast.com/pt-br/9184-dos-brasileiros-acreditam-que-o-sistema-eletr%C3%B4nico-de-vota%C3%A7%C3%A3o-pode-ser-violado-nas-elei%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 22.04.2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BECK, Ulrich. **The cosmopolitan vision**. Trans. Ciara Conin. Cambridge: 2006.

BENJAMIN, Walter. **Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política**. Trad. Maria Luiz Moita, Maria Amélia Cruz e Manuel Alberto. Lisboa: Relógio D'Água, 2012.

BLOCH, Ernst. **Derecho Natural y Dignidad Humana**. Madrid: Dykinson, 2011.

BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**. Vol. 1. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.

BRASIL. **Decreto de 3 de abril de 2000**. Institui Grupo de Trabalho Interministerial para examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas com as novas formas eletrônicas de interação. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DNN/2000/Dnn8917.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2000/Dnn8917.htm). Acesso em 22.04.2022.

BRASIL. **Governo Digital**. 25/11/2019 (atualizado em 30/04/2020). Disponível em <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital>. Acesso 22.04.2022.

BRASIL. **Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em 22.04.2022.

BRASIL. **Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em 18 abr. 2022.

BRASIL. **Portaria interministerial n.º 147 de 31 de maio de 1995.** Cria o Comitê Gestor Internet Brasil. Disponível em [https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias\\_interministeriais/migracao/Portaria\\_Interministerial\\_MCTMC\\_n\\_147\\_de\\_31051995.html](https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias_interministeriais/migracao/Portaria_Interministerial_MCTMC_n_147_de_31051995.html) Acesso em 18 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: **Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno.** 30.10.2018. Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>. Acesso em 18 abr. 2022.

CALLIGARIS, Contardo. **Hello, Brasil! e outros ensaios:** psicanálise da estranha civilização brasileira. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Brançosos e intercontextualidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e sociedade. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira:** visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017.

EDELMAN INTELLIGENCE. **Edelman Trust Barometer 2020.** Disponível em [https://www.edelman.com.br/sites/g/files/aatuss291/files/2020-04/POR\\_2020%20Trust%20Barometer%20Brazil%20Report\\_com%20global\\_comunicacao\\_0.pdf](https://www.edelman.com.br/sites/g/files/aatuss291/files/2020-04/POR_2020%20Trust%20Barometer%20Brazil%20Report_com%20global_comunicacao_0.pdf). Acesso em 18 abr. 2022.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FROSINI, Vittorio. **L'uomo artificiale: ética e diritto nell'era planetária.** Milano: Spirali, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade.** Trad. Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill.** London: Andrew Crooke, 1651.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão.** Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBM. **Estudo da IBM aponta que 96% dos brasileiros acreditam que as empresas não protegem seus dados pessoais.** 02.12.2019. Disponível em <https://www.ibm.com/blogs/ibm-comunica/estudo-da-ibm-aponta-que-96-dos-brasileiros-acreditam-que-as-empresas-nao-protegem-seus-dados-pessoais> estudo-da-ibm-aponta-que-96-dos-brasileiros-acreditam-que-as-empresas-nao-protegem-seus-dados-pess/. Acesso em 18 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tecnologia da Informação e Comunicação (2017).** Disponível em Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC. Acesso em 18 abr. 2022.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência:** informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016a.

LIMBERGER, Têmis. **Novas tecnologias e direitos humanos:** uma reflexão à luz da concepção de esfera pública. In: LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugênia. Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARCUSE, Herbert. **El hombre unidimensional:** ensayo sobre la ideologia de la sociedade industrial avanzada. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **O fim da geografia institucional do Estado:** a crise do Estado de direito. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan (org.). Estado & Constituição: o “fim” do estado de direito. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P. 17-37.

RODOTÀ, Stefano. **Derecho a tener derechos**. Trad. José Manuel Revuelta López. Madrid: Trotta, 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

SUSTEIN, Carl. **República.com**: internet, democracia y libertad. Trad. Paula Garcia Segura. Barcelona: Paidós, 2003.

# [ CAPÍTULO 9 ]

## **AS CONSEQUÊNCIAS DA CAPACIDADE EMPRESARIAL SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA**

Pedro Henrique Sanches AGUERA<sup>57</sup>

Thayara Garcia Bassegio AGUERA<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário – Fag. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – Unicesumar. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Cesumar – UniCesumar. Graduação em Direito pela Universidade Cesumar – UniCesumar. E-mail: [pedrosanches@fag.edu.br](mailto:pedrosanches@fag.edu.br)

<sup>58</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário – Fag. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – UniCesumar. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cesumar – UniCesumar. Graduação em Direito pela Universidade Cesumar – UniCesumar. E-mail: [thayarabassegio@fag.edu.br](mailto:thayarabassegio@fag.edu.br)

## 1 INTRODUÇÃO

Ao decorrer da história, por inúmeras vezes se observou a moldagem social adaptando-se à determinação das normas. Porém, contrariando a premissa de que deveria ser o oposto: a norma adequar-se-á à sociedade, mesmo que forçosamente, o que em nosso tempo deveria ser inadmissível.

Evidente que ainda restam resquícios desse imperialismo legal em nosso ordenamento jurídico pátrio. A supremacia do interesse capitalista, a estrita preservação e tutela dos bens, além da hegemonia da vontade dentro dos contratos, são singelos reflexos que encerram ecos de legislações ainda pretéritas, como o Código de Hamurabi, Código Napoleônico e Lei das XII Tábuas.

Todavia, do ponto de vista empresarial, esta influência nem sempre é bem-vinda, pois a adequação forçosa da sociedade à norma afronta a espontaneidade do comportamento humano. E certamente, não há maior exemplo para tanto do que o próprio instituto do matrimônio, hoje tido como o ato profundamente humano de constituir família e que, em decorrência dos preceitos católicos, passou a ser tido como ato solene, sacral e, sob o prisma civilista, extremamente formal.

Ao lado, com o Direito à Liberdade, que está ligado à autonomia da vontade, ao livre-arbítrio, ao poder de agir ou até mesmo não agir do indivíduo. Se enquadrado perfeitamente há natureza empresarial, especialmente a capacidade empresarial do menor incapaz em atuar no exercício empresarial.

Ademais, ao incapaz, somente é permitida a continuação de um negócio empresarial anteriormente existente, isto é, em regra o incapaz não poderá ser considerado empresário, excepcionalmente, para permanecer com o negócio empresarial anteriormente vivenciado. Será obrigatório autorização judicial, somente após exame das circunstâncias e riscos daquela atividade, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiro.

É nessa esteira que, acerca da capacidade empresarial do incapaz para exercer sua liberdade empresarial, ao passo que, o direito à liberdade, ao intervir nas relações empresariais com intuito de salvaguardá-la.

Diante disso, serão apresentadas algumas soluções político-empresariais, explanando-se as vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade: a capacidade empresarial. Empregar-se-á, para tanto, o método lógico-dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos a bibliografia nacional e estrangeira, a legislação vigente e a literatura correlata.

## **2 EXPRESSÃO DA CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS E DEVERES**

A derrogação do instituto da Capacidade Civil. Por isso, prescreve o artigo 1º do Código Civil, em que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Ao legislar, coube a tarefa de estipular os parâmetros para cada indivíduo, estipulando os deveres e capacidade dentro do campo civil podendo ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.

Por outra via, pelo que prescreve o aludido comando legal, não se pode mais afirmar que a pessoa é sujeito de direitos e obrigações, mas de direitos e *deveres*. A expressão destacada é melhor tecnicamente, pois existem deveres que não são obrigacionais, no sentido patrimonial, caso dos deveres do casamento (art. 1.566 do CC) (TARTUCE, 2015, p. 120).

Respeita-se a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato. De modo que, a capacidade de direito todo indivíduo possui, somente se perdendo com a morte, isto é, comum a toda pessoa humana, anexado à personalidade, se perdendo unicamente com a morte (TARTUCE, 2015, p. 130).

Em contrapartida, a capacidade de fato é aquela relacionada com o exercício de atos da vida civil (TARTUCE, 2015, p. 130). Conforme previsão do artigo 5º CC, a capacidade de fato ou de exercício será adquirida pelo homem, quando atingir a maioridade, isto é, aos 18 anos de idade, ou ao ser emancipado.

Desta forma, capacidade de direito compreende a capacidade de ser titular de direitos ou sujeito de direitos. Capacidade de fato é a capacidade que tem o homem de agir por si mesmo em todos os atos da vida civil.

De modo que, toda pessoa tem capacidade de direito, porém não necessariamente a capacidade de fato, pois pode



existir ausência de requisitos para o exercício de atos de sua relação privada. De fato, no que se refere ao exercício, a capacidade de direito não pode sofrer limitações.

### **3 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO**

Originando como regulador das relações privadas, o Direito Civil surge por meio de diversas codificações, com a consequência necessária de sistematizar e separar o direito público e privado. O primeiro objetiva tutelar os interesses gerais da sociedade, já o segundo, visa regular os interesses e direitos inatos aos indivíduos.

Os direitos e garantias individuais são afastados do Código Civil e começam a fazer parte do campo constitucional. Isto faz com que mude a feição do direito privado, cujo objetivo é, agora, estabelecer regras no intuito de disciplinar a vida social e satisfazer os interesses privados (GIORGIANNI, 1998, p. 38).

Com o liberalismo, ocorreu uma separação entre o que é público e privado, cabendo aos particulares livremente e conforme suas regras, manter a pacificação social. Devido a ineficiência do total afastamento entre Estado e Sociedade Civil (BRASILINO, 2012, p. 35), o Poder Público entra em crise, sendo necessário a intervenção e regulamentação por parte do Estado.

É a partir dessa análise que o Direito Civil deve rever os seus ditames individualistas dos séculos passados. Ademais, com a ida dos direitos e garantias fundamentais para o campo constitucional, ao Direito Constitucional, compete ocupar o centro do Direito, devendo os demais ramos respeitar a integração do indivíduo com a sociedade, ou seja, o ser humano enquanto ser social.

Na chamada sociedade pós-moderna, os códigos, cedem espaço a diversos sistemas jurídicos, o que importa dizer na diversificação do Direito Privado, este que agora substituirá o Código Civil por normas fundamentais (LORENZETTI, 1998, p. 45).

O autor Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 02), expõe:

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A Mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a

Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica.

Naturalmente, esta afirmação não remonta a dizer que o Direito Privado, em especial o Direito Civil, tenha como fonte normativa a Constituição, mas sim, que há um inter-relacionamento entre elas.

Assim, ganha destaque a autonomia da vontade e autonomia privada dentro do campo do direito privado. Ocorrendo a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade ou o seu exercício, sucedendo para tanto uma distinção entre autonomia jurídica individual e autonomia privada.

Giovanni Ettore Nanni, (2001, p. 157) expõe a importância em diferenciar os dois institutos, “onde a autonomia da vontade para a autonomia privada, pois esta se vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana”.

A autonomia privada importa um dos elementos fundamentais ao exercício do Direito constitucional da liberdade. Karl Jaspers afirma que, a vontade humana é um conjunto das ações da vida cotidiana atribuída empiricamente, em outras palavras, a autonomia privada demonstra a liberdade de negociar, de facultar entre as partes sobre o negócio jurídico envolvido.

Borges (2005, p. 46 e 47) expõe o conceito de autonomia privada:

O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Explica Daniel Sarmiento (2004, p. 189):

A autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de que se forme um debate franco de idéias (marketplace of ideas, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia. Longe disso, ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana.

Novamente, brinda Borges (2005, p. 46 e 47):

No exercício de sua autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, as pessoas têm, do ordenamento, o poder criador, modificador e extintor de situações e relações jurídicas, no âmbito e na forma previstos pelo mesmo ordenamento que concede esse poder. Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para auto-regular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico.

De fato, os negócios jurídicos são ferramentas que o direito coloca à disposição do sujeito, para fundamentar seus interesses na vida de relação, com a finalidade de permitir o desenvolvimento das relações entre eles.

#### **4 O DIREITO DE LIBERDADE ECONÔMICA SOB O ENFOQUE DA LIVRE INICIATIVA E ATIVISMO JURÍDICO**

Tanto na visão positiva do Direito de Liberdade quanto na visão jurídica não é possível identificar a essência do termo “liberdade” em seu todo. Os microssistemas formadores da sociedade não apresentam com perfeição o verdadeiro conceito do termo “liberdade”.

Para Thomas Hobbes (2002, p.31) liberdade:

[...] nada mais se significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta. Por conseguinte, a primeira fundação do direito natural consiste em que todo homem, na medida de suas forças, se empenhe em proteger sua vida e membros.

A liberdade econômica nada mais é que o engrandecimento de outras liberdades, como por exemplo: o direito de propriedade, liberdade comercial, liberdade fiscal, dentre outras. Considerado o principal meio para se atingir o desenvolvimento econômico e humano é com ampliação da liberdade.

Nesse sentido GWARTNEY(2001, p.166) divulga:

A teoria econômica assegura os direitos de propriedade, o cumprimento de contratos e o funcionamento dos tribunais para resolver disputas que servem de base para o bom funcionamento de uma economia de mercado. Estas atividades refletem as funções protetoras do governo. Um regime monetário estável também pode facilitar o funcionamento dos mercados e planejamento de negócios em todos os períodos de tempo. Além disso, prestação ao governo, de alguns bens públicos, tais como construção de

estradas e de defesa nacional contra invasões estrangeiras, também pode promover o crescimento econômico.

Didaticamente, os doutrinadores expõem a liberdade dentro das “gerações” dos direitos fundamentais, no caso pertencendo a 1º geração deste direito, com a finalidade de melhor explicar tal evolução, de forma, que hoje, conforme Supremo Tribunal Federal observou três etapas diferenciadas<sup>59</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, demonstra estar cada vez mais aderindo a esta classificação:

Enquanto os direitos de primeira geração(direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio de liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todos as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial de inexauribilidade. (STF- Pleno- MS nº 2.164/ SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça,Seção I, 17 nov. 1995, p. 39206).

Partindo-se desta decisão do STF, pode-se dar o “ponta pé inicial”, para analisar o Direito de Liberdade Econômica.

A constante preocupação com o ser humano é fato histórico, existindo garantismo legal aos direitos fundamentais, apresentado no Código de Hammurabi e na Lei das XII Tábuas, que possuem o título de primeiros documentos jurídicos.

Como bem expõe Alexandre de Moraes (2002, p. 24):

O Código de Hammurabi (1690 a.C) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 AC).

Irrefutável é a afirmação se realmente existe preocupação ao longo da história sobre os direitos essenciais dos seres humanos. Direitos estes, por vezes, omitidos pelo Estado, desde épocas remotas até os momentos atuais.

---

<sup>59</sup> Na atualidade existe um crescente número de gerações. Para o Supremo Tribunal Federal existe apenas quatro gerações.

Deste fato, o direito à liberdade, sempre foi o início dos elementos dos direitos fundamentais. Em regras gerais, tem como características: imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, independentes e complementares a outros direitos. (MORAES, 2007, p.94). De tal modo, as três gerações se adequam às tais garantias fundamentais ao longo da história.

Esta valorização do individual, historicamente, surge a partir do rompimento com o Estado Absolutista, consequência do pensamento liberal-burguês do século XVIII, onde não estavam presentes os direitos individuais, estando o indivíduo unicamente submetido à vontade estatal. Pode-se afirmar, dentro deste contexto histórico, que tais direitos significam uma prestação negativa, ou seja, um não-fazer do estado.

Em relação à primeira geração de direitos fundamentais, salienta Alexandre de Moraes (2002, p. 60), “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdade pública), surgindo institucionalmente a partir da Magna Carta”.

No que tange à segunda geração de direitos fundamentais, estes correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, este direito está ligado intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante os indivíduos. Pressuposto a isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Themistocles Brandão (2003, p. 29) analisa o surgimento desta geração:

O começo do século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos na declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

Tais direitos fundamentais passaram a ser resguardados pelo estado a partir das lutas dos trabalhadores e da necessidade de se estabelecer regras que pudessem assegurar as condições de vida e de trabalho da população, no decorrer do século XIX. Consequentemente, nasce a necessidade da intervenção sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo, saindo da esfera do não – fazer estatal, entrando em uma presença ostensiva do estado.

E por fim, por força de duas guerras mundiais, se protege constitucionalmente, como direitos de terceira geração, respectivos aos que dizem respeito à fraternidade ou à solidariedade. Existe a mendicância de tutelar o próprio gênero humano.

Senão veja-se o Ilustre Professor Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 683):

Já os direitos chamados de terceira gerações peculiatizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Essa geração de direitos corresponde aos que dizem respeito à fraternidade ou solidariedade. Tais, grupos ganhou dimensão com o surgimento das chamadas “sociedades de massa de consumo”, a partir do deslocamento do homem do campo para cidade e da aglomeração das pessoas, sobretudo nos grandes centros urbanos, motivado pelo acelerado processo de industrialização. Isso refletiu no aparecimento de uma nova geração de direitos, incorporados aos direitos fundamentais, lado a lado com os tradicionais direitos individuais e sociais.

É necessário deixar claro que, o relevo existente entre gerações dos direitos fundamentais, é pautado para posicionar o momento histórico que se fundiu estes novos direitos com o ordenamento jurídico, em outras palavras, esta classificação em gêneros possui a finalidade de situar o momento em que estes direitos surgiram na sociedade e se positivaram através das normas.

Em um sentido amplo, liberdade está ligada à autonomia da vontade, ao livre-arbítrio, ao poder de agir ou até mesmo não agir.

Com este pensamento, Jacques Robert (1986, p. 20) conceitua a liberdade como "qualidade daquilo que não está sujeito a nenhum tipo de constrangimento, físico ou intelectual, psicológico ou moral. É qualidade negativa, já que resulta precisamente da ausência de qualquer constrangimento".

Para Kant (2010, p. 93) liberdade está relacionada à autonomia da vontade.

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos enquanto racionais, e *liberdade* seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*; assim como *necessidade natural* é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causa estranhas.

E ainda o autor, define vontade como uma espécie de causalidade dos seres vivos enquanto racionais e, liberdade, como a propriedade dessa causalidade na medida em que ela é eficiente. Desta forma, a liberdade seria a propriedade que caracteriza a vontade humana em sua eficiência. Quanto maior esta vontade humana mais eficiente a si próprio, isto é, quanto mais a vontade é autônoma, mais liberdade a caracteriza.

Se, pois, se pressupõe liberdade da vontade, segue-se daqui a moralidade com o seu princípio, por simples análise do seu conceito. Entretanto este princípio continua a ser uma proposição sintética: uma vontade absoluta boa é aquela cuja máxima pode sempre conter-se a si. (2010, p. 94)

Não obstante, na atualidade, a liberdade de expressão (num sentido amplo, englobando liberdade de informação e liberdade de imprensa, direito de informar e de ser informado) continua intrigando os operadores do direito, que acreditam depender a moralidade dos costumes, a probidade política, a ética social e o respeito às leis, de intenso debate de notícias que despertam a noção de civilidade e da ampla publicidade que torna transparente o sentido dos atos e o caráter das pessoas que os vivem.

O ativismo prega que o magistrado atua como se fosse um legislador, criando de certa forma, uma nova lei entre as partes. A figura do ativismo judicial foi apresentada em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, em uma abordagem jornalística sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos (GOMES, 2015).

O doutrinador Alexandre Pekelis (1951, p. 125), verificando o alcance do texto constitucional norte-americano e, via de regra da chamada liberdade americana, de que os Estados Unidos, a rigor, não tinham uma constituição escrita, assumiu, de maneira clássica ao interpretar o texto constitucional americano, enfatizando que:

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes clausulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contem senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser justa; que a proteção da lei deve ser igual; que as penas não devem ser nem cruéis nem inusitadas; que as cauções e as multas não devem ser excessivas, que as investigações ou as detenções hão de ser motivadas; e que a privação da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o devido processo legal, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito.

A liberdade positiva é a possibilidade de agir de modo a controlar a vida de um indivíduo e realizar os propósitos essenciais deste sujeito (CARTER, 2008, p. 32).

Rosenfield (2001, p. 22) estabelece a definição de liberdade de positiva:

(...) em nome da liberdade positiva justifica-se a coerção. Esta, em oposição à liberdade negativa, implica a interferência deliberada do outro em um domínio no qual a pessoa poderia fazer diferentemente daquilo que é estabelecido. Ao nível social, (...) a liberdade positiva, por sua vez, pode servir para justificar a coerção ao apelar aos valores e ao legitimar ação através de objetivos e de proposição de valores socialmente reconhecidos como, por exemplo, a justiça. Nesse sentido, torna-se possível conceber a coerção sobre o outro em nome do seu próprio interesse, o que significa que aquele que se impõe sabe mais sobre o outro que ele mesmo. Assim, a coerção não é mais coerção uma vez que ela outorga um bem àquele que não conhece o que é um bem para si mesmo.

O filósofo liberal Isaiah Berlin, no ano de 1959, produziu um artigo, contestando a noção de liberdade positiva, para ele incompatível com o pluralismo. Segundo o Autor, a ideia de liberdade positiva foi com o passar do tempo, sendo associada não mais ao indivíduo e sim, à coletividade.

Fundamenta-se, em nome da liberdade positiva, que as autoridades públicas agissem no sentido da realização de projetos coletivos do bem comum, supostamente em benefício dos indivíduos, mesmo que à revelia das suas vontades. E as lutas pelas grandes verdades religiosas, ideológicas ou filosóficas que nutriam aqueles projetos coletivos identificados com a liberdade positiva, foram, de acordo com o filósofo liberal, o altar em que a própria liberdade acabou frequentemente imolada.

A Constituição Federal de 1988, adotou a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), possuindo natureza principiológica.

Ao conferir a livre iniciativa a natureza de princípio, importa reconhecer em sua base a liberdade como um dos fatores estruturantes da ordem jurídica justa. Implica, outrossim, na garantia de uma conduta subsidiária do Estado na atividade econômica e, uma atuação positiva na disposição de limites em busca da preservação e realização do interesse da coletividade.



A livre iniciativa significa a possibilidade de os agentes econômicos entrarem no mercado sem que o Estado crie obstáculos. Grau (2005, p. 202-203.) acentua que

A liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas. [...] Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública.

De fato, a ação será inferiormente menos livre quanto mais intervenha o Estado. Seja por intromissão direta na atividade econômica, com fundamento no art.173 CF/88, ou que venha a suportar abusos do poder econômico, com base no art.173 §4º CF/88. Até mesmo que venha desempenhar atividade objeto de monopólio.

Sobre a noção de livre iniciativa diz Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 119):

A liberdade de iniciativa consagra tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado. Este princípio conduz necessariamente à livre escolha do trabalho, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana.

Em lição no mesmo sentido, Werter R. Faria (1990, p. 105), afirma que:

Nas constituições contemporâneas, a liberdade de empresa quer dizer mais do que acesso ao mercado para desempenhar uma atividade econômica, sem prévia autorização do poder público, salvo nos casos em que a lei exija. Refere-se, ainda, à abstenção da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, mediante empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades.

A livre iniciativa é atributo essencial da natureza humana, devendo ser abarcada na dimensão de compromisso que envolve a sociedade e o Estado.

Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 16) continua com o pensamento:

É uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo.

Por fim, portanto, a livre iniciativa possui importante papel na sociedade. Funciona, em primeiro lugar, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, ou seja, um dos seus

princípios fundamentais inscritos logo no art. 1º, ao lado da soberania, cidadania, dignidade humana, valores sociais do trabalho e pluralismo político.

Além de ser um princípio fundamental do Estado brasileiro, a livre iniciativa é também um princípio geral da ordem econômica. Isso significa uma clara opção por um regime de economia de mercado – que gravita em torno da lei da oferta e da procura – e não de uma economia planificada, em que os agentes econômicos são obrigados a seguir as diretrizes estatais. Ao contrário, o art. 174 da Constituição especifica que o planejamento econômico é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A livre iniciativa qualifica a ideia inicial de liberdade. Assim sendo, ela ultrapassa uma geração simplesmente econômica. Ao ponto que o Estado não pode fixar onde a pessoa irá morar, qual profissão irá exercer, o que vai fazer com o seu dinheiro.

## **5 DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL EM ANÁLISE À SUA CAPACIDADE E REGISTRO EMPRESARIAL**

Para desempenhar o exercício empresário é obrigatório estar em pleno gozo da capacidade civil. De acordo com o artigo 972 do Código Civil, podem exercer a atividade empresária quem estiver em pleno gozo de sua capacidade civil e não for legalmente impedido. Este artigo, contido no livro especial do Direito de Empresa, deve ser interpretado em consonância com os artigos iniciais do Código Civil, que tratam da capacidade do sujeito de direito.

O artigo 1º do Código Civil expõe que: toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, mas esta capacidade só é absoluta quando atingida a maioridade civil aos dezoito anos de vida ou nos casos de emancipação e, desde que, não se verifique nenhuma hipótese de incapacidade absoluta (menores de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil; por causa transitória não puderem exprimir a sua vontade) ou relativa (maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; ébrios habituais; viciados em tóxicos; por deficiência mental tenha o discernimento reduzido; os excepcionais sem

desenvolvimento mental completo; os pródigos), conforme artigos 3º e 4º do Código Civil.

Como referido, além dos maiores de dezoito anos, os emancipados também poderão exercer todos os atos da vida civil, inclusive a atividade empresarial desde que, por força de disposição legal (CC, art. 976), averbado no Registro Público de Empresas Mercantis a prova da emancipação, que pode ocorrer nas seguintes hipóteses: pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação em ensino superior; pelo casamento e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Empresário, para Asquini (2002, p. 185), é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens e serviços. A presente definição resulta da leitura do artigo 2.082 do Código Italiano de 1942, vigente à época da elaboração do estudo, e é praticamente repetida pelo Código Civil brasileiro no *caput* do artigo 966, que diz: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

No mesmo sentido Rachel Sztajn (2004, p. 13), a intermediação, noção própria do direito comercial, não é elemento essencial para a caracterização da figura do empresário. A organização da produção para promover atividade econômica sim, configura o elemento nuclear do conceito de empresário.

A especificação contida no dispositivo enquadra tanto para o empresário individual quanto para o empresário coletivo. Conforme previsão do artigo 982 Código Civil.

Primeiramente, o dispositivo apresenta o termo profissional, para caracterização de empresário que é cogente e exerce, portanto, sua atividade de forma habitual, contínua e direita. Exercendo atividade econômica: entenda-se como atividade econômica não somente aquela que produz ou faz circular bens ou serviços, mas também que visa o lucro.

Acerca da atividade voltada para produção ou circulação de bens e serviços. Para Asquini (1996, p. 117), “a atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum”. Atividade é um conceito dinâmico, que indica uma série de atos concatenados, visando objetivo comum.

Para Vera Helena de Mello Franco (2004, p.43), “é um conjunto de atos, posto que movimento. Porém, não é qualquer conjunto de atos. Somente quando os atos são coordenados, consequentes e tendentes a um mesmo objetivo é que se pode visualizar a atividade”. Este objetivo é, de um lado, recolher e organizar a força de trabalho e capital, necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e de outro, realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos.

Asquini (1990, p. 118) explica

O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário (direito sobre os bens de que o empresário serve-se, relações com os empregados, com os fornecedores de mercadorias e capitais, com a clientela); o fenômeno economicamente da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário.

Pelo visto ao norte, percebe-se que todas as características necessárias para a caracterização do empresário são extraídas da simples leitura do art. 966, *caput*, do CC.

O Código Civil de 2002 marcou a adoção da teoria da empresa em substituição da teoria dos atos de comércio. Com efeito, mais do que os aspectos conceituais envolvidos, esta alteração tem relevante influência prática, uma vez que determina quais atividades são reguladas pelas disposições aplicáveis aos empresários, e quais estariam à margem dessa disciplina.

Conforme anteriormente acentuado, o empresário exerce, em nome próprio, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, estando sujeito a todas as obrigações atribuídas às sociedades empresárias, com o registro na Junta Comercial, escrituração e manutenção dos livros empresários.

Para ser empresário individual, segundo determinação do artigo 972 do Código Civil, a pessoa física deve encontrar-se em pleno gozo de sua capacidade civil e não ser legalmente impedido para o exercício desta.

Não obstante, torna-se necessário citar o empresário de fato, em que a ausência de registro nas Juntas Comerciais o caracteriza como empresário irregular ou de fato e, mesmo nesta situação, nos termos da Lei de Falências e Recuperação de empresas estará sujeito à falência, mas não lhe será permitido requerer a benesse da recuperação judicial e tampouco requerer a falência de seus devedores.

Neste sentido esclarece Fran Martins (2010, p. 135) que:

para ter a condição de empresário é fundamental que: a) esteja na livre administração de sua pessoa e bens; b) que essa livre administração de sua pessoa e bens seja regulada pela lei nacional; e c) que, mesmo nessa condições, não esteja a pessoa expressamente proibida, por lei, de praticar o comércio.

Para o exercício da empresa, o empresário individual necessita, além da capacidade geral para o exercício dos atos da vida civil, a capacidade especial para caracterizar o empresário. Com efeito, determina o artigo 972 do Código Civil que “podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”.

E ainda, o presente dispositivo estabelece que, “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.” Nesse viés de entendimento, pode exercer a atividade empresarial quem tiver capacidade civil. Segundo o artigo 5º do Código Civil, o término da menoridade ocorre aos 18 anos, oportunidade em que há o início da aptidão para o exercício das atividades civis. Isso quer dizer que “Toda pessoa maior de 18 anos, portanto, seja homem ou mulher, nacional ou estrangeira, pode exercer a profissão mercantil no Brasil.” (REQUIÃO, 2007, p. 86). Os menores de 16 anos, ou seja, os menores absolutamente incapazes, são expressamente proibidos de exercer qualquer atividade que exija maiores discernimentos da atividade empresarial. Já os maiores de 16 anos e menores de 18, os menores relativamente incapazes, adquirem capacidade para o exercício de atividade empresarial ao se estabelecerem “com economia própria, mesmo sem autorização paterna” (REQUIÃO, 2007, p. 93).

Antes de iniciar suas atividades, o empresário individual e a sociedade empresária devem, obrigatoriamente, registrar-se no órgão competente, que é a Junta Comercial da respectiva sede da empresa, conforme estipulação do artigo 967 do Código Civil. De modo que, a empresa que não é registrada, estará em situação irregular.

O exercício da atividade empresarial por legalmente impedido, todavia, não o exime das responsabilidades assumidas. Permite o Código que o incapaz continue a empresa exercida quando era capaz, no caso de incapacidade superveniente, ou pelo autor da herança, desde que devidamente representada ou assistido, conforme o caso.

O mérito do Art. 973 do Código Civil diz respeito à responsabilidade do legalmente impedido de exercer empresa, pois, conforme esclarece Maria Helena Diniz (2012, p.125):

A pessoa que, estando legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, vier a praticar atos empresariais, por eles responderá, com seu patrimônio pessoal, arcando com as obrigações assumidas e também reparando os prejuízos causados; além disso, sujeitar-se-á às penalidades administrativas e criminais (Lei de Contravenções Penais, art. 47) relativas ao exercício ilegal da profissão e poderá, se insolvente, incidir em falência (Lei nº 11.101/2005 art. 178, c/c CC, art. 1.011, § 1º), embora não tenha direito de requerer sua recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 48) ou extrajudicial (Lei nº 11.101/2005, art. 161).

Atualmente, o artigo 972 do Código Civil traz que, podem exercer atividade de “empresário” os que estiverem em pleno gozo da “capacidade civil” e, não forem legalmente impedidos. Então, até mesmo o menor de 18 anos pode ser sócio: “... desde que maior de 16 e seja emancipado. Já o menor de 16 anos de idade só poderá participar de sociedade, se estiver devidamente representado pelos seus responsáveis legais. Entretanto, não poderá exercer a administração da empresa” (SEBRAE, 2003, p. 26). Nesse sentido também se aplica o artigo 974 a respeito do incapaz.

Antes deste, o artigo 973 faz menção expressa à pessoa legalmente impedida de exercer atividade de empresário, o qual não há dispositivo no antigo código civil ou mesmo no código comercial. Sobre isto, é relevante citar:

Se a pessoa estiver proibida de ser juridicamente qualificada como empresário, os atos por ela praticados que possam representar obrigações para a empresa serão por ela assumidos pessoalmente, ou seja, com o comprometimento direto e objetivo de seu patrimônio particular, devendo este responder pelas obrigações contraídas. A empresa, ou, quando for o caso, a sociedade, somente assume as dívidas e obrigações que foram

contratadas por empresário ou sócio administrador investido dos necessários poderes, sem qualquer tipo de impedimento para a prática de atos de gestão empresarial (FIUZA, 2002, p. 878).

Portanto, o registro também é obrigação imposta aos empresários individuais, devendo ser efetivado na junta comercial do local de sede da empresa.

O *caput* do artigo 974 trata dos efeitos da incapacidade superveniente ao empresário individual.

Com relação à capacidade civil, tanto o Código Civil anterior quanto o Código Comercial já estabeleciam a possibilidade de o menor exercer a atividade empresarial e por ela se emancipar.

O novo Código Civil repetiu a disposição quando no parágrafo único, inciso V do artigo 5º determina que cessa para os menores a incapacidade “pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

De modo que, tem pleno gozo da capacidade civil os absolutamente capazes, isto é, aqueles que não se enquadram nas hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa prevista, respectivamente, nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

O civilmente incapaz, poderá por meio de representação (se absolutamente incapaz) ou devidamente assistido (se relativamente incapaz), continuar a empresa exercida por ele antes de declarada sua incapacidade. Por outro lado, se for menor de idade e receber uma empresa como herança de seus pais ou terceiros, poderá prosseguir com a atividade empresarial, desde que devidamente representado.

E ainda, caso o representante ou assistente do incapaz seja pessoa legalmente impedida de desenvolver atividade empresarial, nomeará, com a aprovação prévia do magistrado, gerentes para conduzirem as atividades. Entretanto, este representante não se exime de sua responsabilidade de responder pelos atos do gerente por ele nomeado, conforme artigo 975 do Código Civil. Para tanto, o juiz poderá determinar a nomeação de gerente, sempre que entender necessário para o bom desempenho dos negócios do incapaz.

Em outras palavras, a letra da lei acima expõe que, existindo representante ou assistente do incapaz, se pessoa impossibilitada de exercer atividade empresarial,

obrigatoriamente deverá ser nomeado gerente, com a aprovação do juiz.

De forma geral, todavia, o exercício de atividade empresarial pelo incapaz se dá em caráter excepcional, nos casos de incapacidade superveniente do empresário individual ou da morte dos pais do menor, tendo sido esses empresários (VERÇOSA, 2004, p. 209). Em ambos os casos, a empresa poderá continuar por representante, ou quando o incapaz estiver assistido, mediante autorização judicial.

## **6 CONCLUSÃO**

O conteúdo exposto na presente pesquisa, admite chegar a algumas considerações relevantes para o Direito Empresarial. Primeiramente, deixa claro, que existe ambição de exaurir o tema em todas suas potencialidades jurídicas. Ademais, com base nos direitos da personalidade, capacidade empresarial, direito à liberdade e a livre iniciativa econômica correspondem a algumas conclusões coerentes e elementares para o entendimento da liberdade em seu sentido amplo e estrito.

Somente por meio do respeito aos direitos humanos, é possível a concretização e a realização do direito fundamental à liberdade, tendo em vista que a livre iniciativa resguarda o sujeito nos atos da vida negocial, perante a capacidade de alcançar resultados econômicos e lucrativos.

Assim, a livre iniciativa em sua essência desencadeia a completa asserção do incapaz no âmbito empresarial, podendo montar a essência da natureza humana, não fundamentando e resguardando a liberdade desde indivíduo.

Destarte, a capacidade empresarial, posto que para desempenhar o exercício empresário torna-se obrigatório estar em pleno gozo da capacidade civil. Como bem expõe o Código Civil, em seu artigo o 972, o qual obriga para o exercício da atividade empresária estar em pleno gozo de sua capacidade civil e não ser legalmente impedido.

E ainda, o artigo 966 perfilhou os requisitos para ser considerado empresário, qual seja, aquele que desempenha profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo como finalidade a produção ou a troca de bens e serviços.

Por fim, observou-se, o exercício da atividade empresarial pelo incapaz, que se dá em caráter excepcional, nos casos de



incapacidade superveniente do empresário individual ou da morte dos pais. A empresa poderá continuar por representante, ou quando o incapaz estiver assistido, mediante autorização judicial.

Portanto, o direito da personalidade aliado ao direito empresarial, se tornam fortes mecanismos no campo da autonomia privada. Para este fim, determinando uma contraprestação do Estado na tutela e proteção do seu bem-estar, em consenso com a liberdade positiva se trata no agir para fins estritamente econômicos. E assim, alcançar o seu direito.

## REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Trad. COMPARATO, Fábio Konder. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, n. 104.

BRANDÃO, Themistocles. **Princípios gerais de direito público**. 3 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

CARTER, Ian. **Positive and negativa liberty**. Primeira Publicação em 27 fev. 2003. Revisado em 8 out. 2007. Disponível em: <http://plato.standord.edu/entries/liberty-positive-negative->. Acesso em: 06 out. 2015.

Celso Ribeiro Bastos, **no seu Direito Econômico Brasileiro**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Liberdades Públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 8: direito de empresa. – 4º ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GIORGIANI, Michele. **O direito privado e as suas fronteiras**. Revista dos tribunais , vol. 747. São Paulo: Ed. RT, jan. 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GWARTNEY, James; HOLCOMBE, Randall; LAWSON, Robert. Government and the wealth of nations.p. 166. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio, **“O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes”** Jus Navigandi, Teresina, (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>). Acesso em: 05 out. 2021.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2011.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2011.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, São Paulo. Atlas, 2011.

PEKELIS, Alexander. **Lá tecla para uma ciência jurídica estimativa, in El actual pensamiento jurídico norteamericano**. Buenos Aires, Editora Losada, 1951.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86, v. I.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93, v. I.

ROSENFELD, Cinara L., 2001, Porto Alegre. **A autonomia como norma e a relação do trabalhador industrial com seu trabalho: uma proposta de tipologia de relação ao trabalho**. Porto Alegre: Pucrs, 2001.

WERTER, Faria, **Constituição Econômica. Liberdade de iniciativa e de Livre Concorrência**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990.

ROSENFELD, Cinara L., 2001, Porto Alegre. **A autonomia como norma e a relação do trabalhador industrial com seu trabalho: uma proposta de tipologia de relação ao trabalho**. Porto Alegre: Pucrs, 2001.

# **[ CAPÍTULO 10 ]**

## **DANOS MORAIS, SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E A SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ricardo CANAN<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Doutor em direito. Professor da Faculdade Assis Gurgacz, Unidade de Toledo, Paraná. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Advogado no Paraná. E-mail. ricardo.canan@fag.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo 292, inciso V, do Código de Processo Civil (CPC 292, V) exige que o montante da indenização por danos morais pretendido pelo autor da ação integre o valor da causa. Esta regra, que não existia no CPC/1973, aparentemente confronta com a Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça (STJ 326), que dispõe que a condenação em montante inferior àquele pretendido não implica em sucumbência recíproca. Este confronto da nova legislação com a STJ 326, editada quando vigente o CPC/1973 e a sugestão de critérios que balizem a aplicação da súmula são objeto deste estudo.

Na parte primeira aborda-se a origem da STJ 326, ocorrida à luz do CPC/1973 e dos problemas jurídicos enfrentados pelo julgador naquele momento, de modo a ser possível compreender as razões da solução encontrada que, por fim, acabou sumulada. Naquele momento da história jurídico processual brasileira, o CPC/1973 não exigia que o autor da demanda incluísse no valor da causa o montante pretendido a título de danos morais. Como consequência, o julgador, quando do arbitramento de tal dano, não estava vinculado a qualquer quantia previamente individualizada (quando estava). Encontrava-se livre para, a partir dos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina, fixar o valor indenizatório. Por esta razão, quando o valor arbitrado era inferior àquele sugerido pelo autor (isto quando havia tal sugestão), entendeu-se pela impossibilidade de condenação do autor ao pagamento de honorários de sucumbência recíproca, incidentes sobre a diferença entre o valor pretendido e o montante arbitrado.

Na parte segunda, é estudado o CPC 292, V, que alterou o trato do pleito de indenização por danos morais no processo civil. Ao exigir que o montante pertinente aos danos morais integre o valor da causa, tal regra passou a vincular o julgador, dado estabelecer o teto indenizatório pretendido pelo autor, o que tenderia à superação da STJ 326. A conclusão de superação pura e simples da STJ 326, todavia, tende a gerar, como consequência, a minoração dos montantes indenizatórios pretendidos, dado o receio da condenação nos ônus sucumbenciais, de modo a gerar danos não inteiramente indenizados, o que confronta com o princípio da reparação integral.

Na parte terceira, são apresentados critérios que permitem harmonizar o CPC 292, V e a STJ 326. Tais critérios são construídos a partir da exigência de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, posta no CPC 926, que devem ser observados pelos julgadores e pelas partes. Quando a jurisprudência fixa balizas que permitem à parte apontar com segurança o valor dos danos morais pretendidos e estas são observadas, deve persistir a aplicação da STJ 326, inclusive como mecanismo gerador de segurança jurídica. Quando, todavia, a parte ignora injustificadamente as balizas jurisprudenciais, é o caso de afastar a STJ 326 e responsabilizar a parte pelo pagamento dos ônus sucumbenciais. Para tanto, todavia, é preciso um forte compromisso do Poder Judiciário (com a necessária colaboração das partes) em fazer valer a regra do CPC 926.

## **2 ORIGEM DA SÚMULA 326, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PROBLEMAS CORRELATOS**

À luz do CPC de 1973, a jurisprudência do STJ vacilava entre (i) dispensar que o valor dos danos morais integrasse o valor dado para a causa, o que ocorria nos casos em que apresentado pedido genérico – hipótese na qual se admitia estimativa simbólica e provisória do valor<sup>61</sup> –, e (ii) exigir que o valor da causa fosse integrado pelo montante pretendido a título de danos morais<sup>62</sup>. Esta segunda hipótese subsume-se à situação em que o autor formulava pedido de danos morais com indicação do *quantum* indenizatório no qual pretendia ver condenado o réu. Nesta excepcional hipótese, entendia o STJ

---

<sup>61</sup> *Civil e processual civil. Ação de indenização. Danos morais. Pedido genérico. Valor da causa. Art. 258 do CPC. 1. O valor dado à causa deve ser fixado de acordo com o conteúdo econômico a ser obtido no feito, conforme disposto nos arts. 258 e 259 do Código de Processo Civil. Todavia, na impossibilidade de mensuração da expressão econômica, o valor da causa pode ser estimado pelo autor em quantia provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado na sentença. 2. Recurso especial conhecido e provido. REsp 714.242/RJ, 4ª Turma, j. 26.02.2008, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 10.03.2008, RJP 21/124. No mesmo sentido: REsp 1.534.559/SP, 3ª Turma, j. 22.11.2016, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.12.2016.*

<sup>62</sup> *Agravo regimental. Processual civil. Ação de indenização. Valor da causa. Quantificação na inicial. I – Nas ações de indenização, o valor da causa deve corresponder à soma de todos os valores pretendidos, em consonância com o art. 259, II, do Código de Processo Civil. II – Tendo os autores declinado, na inicial, as importâncias postuladas a título de danos materiais e morais, o valor da causa deverá corresponder ao somatório dos pedidos, não devendo ser acolhida a alegação de que o ‘quantum’ dos danos morais foi apenas sugerido, em caráter provisória. Agravo regimental improvido. AgRg no REsp 1.229.870/SP, 3ª Turma, j. 22.03.2011, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 30.03.2011.*

que havia impossibilidade de ser fixada indenização em montante superior àquele pleiteado<sup>63</sup>.

Quanto à primeira hipótese, a não obrigação do autor em quantificar o pedido de danos morais decorria, principalmente, do entendimento de que no arbitramento da indenização, o julgador não estava jungido ao montante apontado pelo autor<sup>64</sup>. Para o STJ, o pedido a título de indenização por danos morais seria estimativo<sup>65</sup>, daí decorrendo a necessidade de arbitramento pelo julgador<sup>66</sup>, que deveria fazê-lo com moderação<sup>67</sup>, consideradas as circunstâncias do caso concreto<sup>68</sup>, o grau de culpa, o nível socioeconômico das partes além de outros critérios sugeridos por doutrina e jurisprudência<sup>69</sup>. A reparação não podia gerar enriquecimento sem causa<sup>70</sup>.

Deste raciocínio surgiu a STJ 326<sup>71</sup>, que tinha como argumento central para afastar a sucumbência recíproca, o entendimento de o julgador não estar vinculado ao montante estimado ou sugerido na inicial, quanto ao pleito de danos morais. Se o julgador, ao arbitrar a indenização, não estava adstrito ao valor sugerido pelo autor, não caberia condená-lo nos ônus sucumbenciais na hipótese de decisão condenatória

---

<sup>63</sup> *Processual civil. Acidente do trabalho. Danos morais. Julgamento ultra petita. Responsabilidade civil. Capital garantidor. Tendo a inicial adotado critério matemático preciso, de que resulta valor certo quanto ao pedido de indenização por danos morais, é defeso ao julgador, pelas peculiaridades da espécie, arbitrar o respectivo quantum em montante superior ao postulado, sob pena de incorrer em julgamento ultra petita. [...] REsp 629.001/SC, 4ª Turma, j. 17.10.2006, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 11.12.2006.*

<sup>64</sup> *Agravo interno no recurso especial. Danos morais. Julgamento ultra petita. Não ocorrência. Responsabilidade extracontratual. Termo inicial dos juros de mora. Evento danoso. Súmula 54/STJ. Agravo não provido. 1. O magistrado, ao arbitrar a indenização por danos morais, não fica vinculado ao valor meramente estimativo indicado na petição inicial (AgInt no AREsp 1389028/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 8/5/2019). [...] AgInt nos EDcl no REsp 1.763.220/MG, 4ª Turma, j. 19.09.2019, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 24.09.2019. Neste mesmo sentido: AgRg no AREsp 298.478/MG, 4ª Turma, j. 25.10.2016, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 07.11.2016. AgInt no AREsp 1.389.028/SP, 4ª Turma, j. 11.04.2019, Rel. Min. Raul Araujo, DJ 08.05.2019.*

<sup>65</sup> *Responsabilidade civil do Estado. Atuação de magistrado. Reparação de danos. Indenização. [...] 2. Como o valor da indenização por dano moral é de difícil aferição, o quantum declinado pelo autor na inicial, a título de dano moral, é sempre feito por estimativa sem que isso desfigure a certeza do pedido. [...] REsp 299.833/RJ, 2ª Turma, j. 14.11.2006, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15.12.2006.*

<sup>66</sup> REsp 108.155/RJ, 3ª Turma, j. 04.12.1997, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 30.03.1998.

<sup>67</sup> REsp 213.731/PR, 3ª Turma, j. 06.06.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 21.08.2000.

<sup>68</sup> REsp 174.382/SP, 3ª Turma, j. 05.10.1999, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.12.1999.

<sup>69</sup> REsp 135.202/SP, 4ª Turma, j. 19.05.1998, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03.08.1998.

<sup>70</sup> REsp 265.133/RJ, 4ª Turma, j. 19.09.2000, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 23.10.2000.

<sup>71</sup> Súmula 326. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

favorável, mas que arbitrasse montante inferior ao indicado na inicial. Até porque poder-se-ia chegar à paradoxal situação de impor ao vencedor da ação a obrigação de pagar honorários que poderiam superar o valor obtido a título de danos morais<sup>72</sup>.

Este raciocínio foi aplicado aos precedentes formadores da STJ 326<sup>73</sup>. Não fosse o entendimento da impossibilidade de condenação em sucumbência recíproca, quando os danos morais são arbitrados em montante inferior ao sugerido, em alguns casos, o valor dos ônus sucumbenciais superaria o proveito econômico obtido. Neste aspecto, foi coerente a posição do STJ, na medida em que não exigia do autor que apresentasse pedido determinado quanto aos danos morais, nem incluísse tal montante no valor da causa.

Por outro lado, a existência da STJ 326, gerou ou potencializou, de certo modo, alguns efeitos jurídicos colaterais.

Como não há exigência de indicação exata do valor dos danos morais na petição inicial, fica o autor livre para dar à causa valor reduzido, resultando em minoração das custas processuais iniciais a recolher.

Há, também, o uso de pedido de indenização por danos morais como elemento de pressão negocial durante tratativas de acordo entre as partes. Como aquele que pleiteia a indenização sabe que não será condenado nos ônus sucumbenciais mesmo se obter pequeno valor (ainda que tenha sugerido quantia milionária<sup>74</sup>), utiliza-se do expediente para barganha, desequilibrando e dificultando a negociação.

---

<sup>72</sup> REsp 259.038/PR, 4ª Turma, j. 13.09.2000, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 16.10.2000.

<sup>73</sup> São os precedentes da STJ 236: a) REsp 431.230/PR, 4ª Turma, j. 22.03.2005, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005, onde havia pedido de danos morais em R\$ 541.286,00, tendo a condenação sido de R\$ 13.000,00; b) REsp 7143.682/RJ, 2ª Turma, j. 01.03.2005, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 11.04.2005, onde havia pedido de danos morais em valor equivalente a mil salários mínimos, tendo a condenação sido equivalente a duzentos salários mínimos; c) REsp 615.939/RJ, 3ª Turma, j. 18.11.2004, Rel. Min. Castro Filho, DJ 04.04.2005, onde a condenação em Segundo Grau foi de R\$ 20.000,00, reduzida pelo C. STJ para R\$ 15.000,00; d) AgRg no Ag 459.509/RS, 1ª Turma, j. 25.11.2003, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.2003, onde havia pedido de danos morais em valor equivalente a mil salários mínimos (cumulado com pedido de danos materiais) e a condenação foi em R\$ 10.000,00; e) REsp 579.195/SP, 3ª Turma, j. 21.10.2003, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10.11.2003, onde a condenação em primeiro grau foi de R\$ 500.000,00, reduzido em segundo grau para R\$ 80.000,00; f) REsp 432.177/SC, 4ª Turma, j. 23.09.2003, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28.10.2003, onde a condenação ao pagamento de danos morais, em segundo grau, foi equivalente a duzentos salários mínimos, tendo havido reforma pelo C. STJ, com redução para R\$ 12.000,00; e g) EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EREsp 197.411/ES, 2ª Seção, j. 08.08.2001, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 17.09.2001, onde havia pedido de danos morais em R\$ 6.000.000,00, com condenação em R\$ 200.000,00.

<sup>74</sup> *Recurso especial. Indenização por dano moral. Valor da causa. Critério de fixação. Omissão. Contradição ou erro material. Não ocorrência. Benefício econômico. Critério de fixação. Valor da causa. Estimativo. Possibilidade. Mero reforço argumentativo. Valor da indenização. Fixação pelo*

Não menos comum se tornou a práxis do ajuizamento de ações frívolas<sup>75</sup>, nas quais o autor, apesar da ciência de que, dada a natureza do dano, o valor da indenização não será elevado, ainda assim pleiteia alta quantia.

Há de se atentar, ainda, ao fato de haver certa tendência<sup>76</sup> em serem arbitrados valores indenizatórios em montante inferior ao sugerido, porque também o julgador tem ciência da impossibilidade em condenação do vencedor nos ônus sucumbenciais e, ainda, porque é pacífico o entendimento doutrinário<sup>77</sup> e jurisprudencial<sup>78</sup> de que a indenização por danos morais não pode ser geradora de enriquecimento sem causa. Cientes deste último fenômeno, os denominados litigantes habituais acabam desincentivados em resolver administrativamente as contendas, pois cientes de que eventuais e incertos valores indenizatórios, exatamente por serem arbitrados, por vezes, com exagerada modicidade, não impactarão significativamente nos balanços periódicos<sup>79</sup>.

---

magistrado. [...] 5. A jurisprudência desta Corte considera cabível o valor da causa meramente estimativo quando o autor da ação de indenização por danos morais deixa ao arbítrio do juiz a especificação do quantum indenizatório. Decisão da Corte local que se coaduna. Súmula 83/STJ. 6. Cabe ao juiz, quando do acolhimento da impugnação do valor da causa, determinar o valor certo correspondente ao benefício econômico buscado com a demanda. Inteligência do disposto no art. 261 do CPC/73, vigente à época dos fatos. Precedentes. 7. Na hipótese em julgamento, o pedido de indenização deixa inteiramente ao juiz a fixação do valor indenizatório, sendo o montante milionário contido no corpo da inicial um simples reforço argumentativo. [...] REsp 1.704.541/PA, 3ª Turma, j. 19.02.2019, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.02.2019.

<sup>75</sup> José Joaquim Calmon de Passos de muito denunciava este tipo de demanda no artigo intitulado: *o imoral nas indenizações por dano moral*, originalmente publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil (ano 5, nº 26, set.-out. 2008) e posteriormente resgatado na obra: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*, v. I. Org. Fredie Didier Junior e Paula Sarno Braga. Salvador: Jus Podivm, 2014, pp. 601-612.

<sup>76</sup> No âmbito do C. STJ, a quantidade de acórdãos que reduzem o valor dos danos morais ou que mantêm redução decida pelas instâncias recursais ordinárias é significativamente maior que os acórdãos que majoram o valor, ou que mantêm inalterado valor majorado pelos Tribunais de Segundo Grau.

<sup>77</sup> Na lição de Caio Mario da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 376. Ed. digital): *O Código Civil, abrangendo no conceito amplo de ato ilícito o dano 'ainda que exclusivamente moral' (art. 186), não cogita de sua limitação nem recomenda seja moderado o ressarcimento. Isto não impede que o juiz assim proceda, pois se é certo, como visto acima, que a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um aproveitamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (de 'lucro capiendo')*.

<sup>78</sup> AgInt no REsp 1.888.772/PB, 2ª Turma, j. 15.03.2021, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19.03.2021.

<sup>79</sup> Em entrevista à revista eletrônica Consultor Jurídico datada de 06.01.2013, atendo ao fenômeno, o Min. Luis Felipe Salomão afirmou: *Os grandes litigantes do Judiciário estão acomodados porque transferiram o seu 'call center' para a Justiça*.



### **3 PEDIDO DETERMINADO DE DANO MORAL E INDICAÇÃO NO VALOR DA CAUSA**

O CPC 324, caput, exige que a petição inicial, sempre que possível, contenha pedido ou pedidos que indiquem precisamente o montante pretendido. Um pedido determinado respeita aos limites daquilo que se pretende, ou seja, refere-se à quantificação do bem ou direito almejado<sup>80</sup>. Quando se trata de pleito de reparação de danos, deve ser indicado o valor pretendido, inclusive individualizando o montante referente a cada espécie indenizatória (dano material, moral, estético, etc.) quando há cúmulo objetivo de demandas. Quanto aos danos morais, Cassio Scarpinella Bueno<sup>81</sup> sustenta que o CPC 324 desautoriza omissão do autor em quantificá-los<sup>82</sup>, ainda que a tarefa se afigure difícil<sup>83</sup>. Ao contrário do CPC/1973, que silenciava em relação aos danos morais<sup>84</sup>, o CPC/2015 exige que o valor dado à causa coincida com aquele constante no pedido, incluído o dano moral. Não por outro motivo, na parte final do CPC 292, V (que menciona expressamente tal dano), consta a oração [...] *o valor pretendido*<sup>85</sup>, exigindo que o pedido de dano moral seja, preferentemente, em montante determinado<sup>86</sup>.

A redação dada ao CPC 292, V, inadmite pedido genérico quando pleiteada indenização por dano moral, em oposição à

---

<sup>80</sup> TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, vol. 2. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37. Ed. digital.

<sup>81</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 80. Ed. digital.

<sup>82</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 21. ed. Salvador: Jus Podvum, 2019, p. 679.

<sup>83</sup> Não é escopo deste artigo estudar os critérios de definição do valor do pedido de danos morais.

<sup>84</sup> Sobre a ausência de menção aos danos morais pelo CPC/1973, registra-se que, quando da edição de referida regra (em 11.01.1973), nem a CF então vigente (CF de 1967, com redação dada pela EC 1, de 17.10.1969) e nem o CC então vigente (de 01.01.1916), faziam menção expressa e direta à reparação de tais danos.

<sup>85</sup> A palavra “pretendido”, constante na parte final do CPC 292, V, deve ser lida no sentido que lhe dá Pontes de Miranda, ou seja, a pretensão contém a ação, de modo que o autor pede a tutela jurídica ao Estado (a pretensão é dirigida ao Judiciário), agindo em face do réu (*Tratado das ações*, tomo I. Atual. Georges Abboud e Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 76. Ed. digital). Cabe-lhe, assim, precisar os limites do que quer (pede) em relação ao réu, conforme, aliás, exigem o CPC 322 e CPC 324 e conforme limitativo presente no CPC 490 e CPC 492.

<sup>86</sup> José Miguel Garcia Medina (*Curso de direito processual civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 475. Ed. digital) afirma que, se for apresentado pedido indeterminado fora das hipóteses legais, deve haver determinação de emenda da inicial. Em ações coletivas com pedido genérico, o C. STJ admitiu emenda da inicial mesmo depois de ter sido apresentada contestação: REsp 1.279.586/PR, 4ª Turma, j. 03.10.2017, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 17.11.2017.

jurisprudência consolidada do STJ<sup>87</sup>. Teresa Arruda Alvim<sup>88</sup> sustenta que a atual redação de referida regra conduz à superação da STJ 236. Deixar de aplicar uma súmula, entretanto, é um processo lento e precisa ocorrer sem descuidar da segurança jurídica, para o litigante que tenha formulado pedido indenizatório genérico, ou apenas sugerido valor para o dano moral, não ser surpreendido com uma inesperada condenação ao pagamento de honorários de sucumbência nas hipóteses onde o valor arbitrado seja inferior ao sugerido.

Na formulação do pedido de indenização por dano moral existem dois importantes problemas<sup>89</sup> que recomendam prudência quanto a superar a STJ 236. Nem todas as situações geradoras de dano moral possuem balizas legais, doutrinárias ou jurisprudenciais nítidas quanto à presença do dano<sup>90</sup>, o que dificulta a opção de formular o pedido

---

<sup>87</sup> Em termos de novidades quanto ao tema ora analisado, parece não haver dúvida de que a principal está contida no inciso V do art. 292 do CPC. Nas ações indenizatórias, inclusive fundadas em dano moral, o valor da causa deve ser o valor pretendido. Ao tornar o pedido de dano moral em espécie de pedido determinando, exigindo-se do autor a indicação do valor pretendido, o dispositivo contraria posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça de admitir nesses casos o pedido genérico, ainda que exista corrente doutrinária que defenda que o pedido de dano moral pode continuar a ser genérico. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podvium, 2021, p. 599. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, Eduardo; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 677. Ed. digital.

<sup>88</sup> No ponto, a previsão do art. 292, V, que exige que o autor atribua à causa o valor correspondente à sua pretensão de indenização por danos morais, deve levar a superação do enunciado 326 da Súmula da Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que diz: 'Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.' Como o 'proveito econômico' e o 'valor da causa' expressamente passam a ser possíveis bases de cálculo da condenação ao pagamento de honorários de sucumbência (§§ 2º e 3º do art. 85), a fixação da indenização por dano moral em valor menor que o pretendido pelo autor importa em sucumbência parcial deste. Deverá, neste caso, haver fixação de honorários a favor do advogado do autor em percentual sobre a 'condenação' e a favor do advogado do réu em percentual sobre a condenação 'impedida', a ser mensurada sobre o valor da causa, sendo certo que a diferença entre o que foi pedido e que o foi deferido será, justamente, o proveito econômico proporcionado ao réu. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.]. *Breves comentários ao novo CPC*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239, ed. digital.

<sup>89</sup> Não são apenas os dois os problemas que dificultam a formulação do pedido de danos morais e a determinação do valor. Mas são os que precisam ser apontados para o desenvolvimento do raciocínio. Não se descarta, todavia, de outros: Por outro lado, definir, aprioristicamente, o valor do dano moral em função da espécie da lesão sofrida também não parece uma boa solução. Por isso mesmo, todas as tentativas de tabelamento do dano extrapatrimonial receberam, com razão, críticas da doutrina. Afinal, se o dano moral é próprio da pessoa humana, isso evidencia 'a necessidade de individualizar, avaliando in concreto, o acto de qualificação de uma dada lesão orgânica ou funcional, como uma incapacidade permanente'. (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 87. Ed. digital.

<sup>90</sup> É o caso, por exemplo, das situações em que a construtora atrasa a entrega da obra. Mesmo no âmbito do C. STJ é possível encontrar julgados que consideram configurado o dano moral, como o AgInt no AREsp 1.369.160/SP (4ª Turma, j. 13.12.2021, Rel. Min. Raul Araújo, DJ 16.12.2021), e julgados que consideraram tratar-se de mero aborrecimento, como o AgInt no RESp 1.948.413/RN (4ª Turma, j. 22.11.2021, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 25.11.2021).

indenizatório e, sendo apresentado, qual valor pleitear; neste caso, a dúvida pode servir como desestímulo para o ajuizamento do pedido, podendo resultar em dano não indenizado (caso a parte decida não pleiteá-lo, ante a dúvida). E, mesmo em situações onde inexiste dúvida acerca da configuração do dano moral, a jurisprudência por vezes oscila quanto ao valor condenatório<sup>91</sup>, dificultando a tarefa de formular pedido determinado<sup>92</sup>, ao qual deveria corresponder, no todo ou em parte (a depender da existência de cúmulo objetivo de demandas) o valor da causa; a certeza da sucumbência recíproca resultaria em tendência de o pedido ser apresentado em valor baixo, em detrimento do princípio da reparação integral do dano<sup>93</sup>, encontrado, por exemplo, da conjunta leitura do CC 186 e CC 927, nas relações civil em geral, e no CDC 6º.

Por estas razões, parte da doutrina<sup>94</sup> entende que, mesmo à luz do CPC 292, V, permanece possível formular pedido de

---

<sup>91</sup> Em ações de indenização por protesto indevido, cuja configuração do dano moral ocorre *in re ipsa* (REsp 1.059.663/MS, 3ª Turma, j. 02.12.2008, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.12.2008), o C. STJ já fixou ou confirmou valores indenizatórios em montante de R\$ 500,00 (AgInt no AREsp 1.520.609/MS, 3ª Turma, j. 16.12.2019, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 19.12.2019), de R\$ 5.000,00 (AgInt no REsp 1.751.755/RS, 4ª Turma, j. 15.12.2020, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 02.02.2021), de R\$ 10.000,00 (AgInt no AREsp 1.875.896/SP, 4ª Turma, j. 29.11.2021, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 01.12.2021), de R\$ 15.000,00 (AgInt nos EDcl no AREsp 1.653.965/MG, 3ª Turma, j. 24.08.2020, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 01.09.2020), de R\$ 20.000,00 (AgInt no AREsp 1.457.019/PB, 4ª Turma, j. 29.10.2019, Rel. Min. Raul Araújo, DJ 21.11.2019), de R\$ 25.000,00 (AgInt no AREsp 972.976/RO, 3ª Turma, j. 21.08.2019, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 24.08.2019), de R\$ 30.000,00 (AgInt no REsp 1.715.859/PA, 3ª Turma, j. 24.04.2018, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 03.05.2018), chegando a R\$ 80.000,00 (AgInt no REsp 1.692.761/SC, 4ª Turma, j. 05.12.2017, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJ 12.12.2017).

<sup>92</sup> Conforme registra Misael Montenegro Filho (*Direito processual civil*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 448. Ed. digital): *Com base na redação conferida ao inciso V do art. 292 da nova lei processual, parte da jurisprudência entende que o autor não pode mais formular pedido genérico nas ações de indenização por perdas e danos, solicitando que o magistrado arbitre o valor da indenização pelos danos morais como era corriqueiro na vigência do CPC/1973, sob pena de indeferimento da petição inicial (inciso II do § 1º do art. 330). Discordamos desse entendimento. Na nossa compreensão, quando o autor formula pedido certo e determinado, o valor da causa deve ser igual a ele. Contudo, quando solicita que o juiz arbitre a indenização pelos danos morais (e isso ainda é possível), o valor da causa pode ser fixado para efeitos meramente fiscais. Nossa conclusão se baseia na constatação de não termos normas predefinindo os valores indenizatórios para os diferentes tipos de danos morais que as pessoas naturais e jurídicas podem suportar, sem que a jurisprudência socorra o autor em todos os casos, seja porque alguns são muito específicos, seja porque a jurisprudência é bastante oscilante em determinadas situações.*

<sup>93</sup> Por força de tal princípio, o ofendido tem direito de ser indenizado por todos os danos suportados, ou seja, de natureza patrimonial e extrapatrimonial, incluídas espécies e subespécies. Todavia, como bem aponta Sérgio Cavallieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40) a reparação integral não pode privar o ofensor do mínimo necessário à sobrevivência.

<sup>94</sup> *Ainda que se trate de dano moral, o CPC/2015 estabelece que deve ser atribuído à causa o valor pretendido pelo autor. Entendo, contudo, que o valor atribuído deve ser meramente estimativo, podendo o juiz fixar o dano moral em montante inferior, sem que isso implique sucumbência recíproca. Em síntese, a previsão contida no inciso V do art. 292 não devem ‘revogar’ o entendimento descrito na Súmula 326 do STJ [...].* DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado*.

dano moral genérico. Como consequência, permaneceria incólume a STJ 236. Tem sido este, inclusive, o entendimento do STJ<sup>95</sup>, mesmo à luz do CPC/2015.

#### **4 ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E LIMITES POSSÍVEIS À APLICAÇÃO DA STJ 236**

Uma solução tripartite permite harmonizar o CPC 292, V (a ser lido de modo combinado com o CPC 324) e a STJ 236. Duas premissas são necessárias para se chegar nesta solução: a primeira a ser observada precipuamente pelos tribunais; a segunda, pelas partes.

Cabe aos tribunais, à luz do CPC 926, manterem a jurisprudência íntegra, estável e coerente<sup>96</sup>. Exigência que visa gerar segurança jurídica ao jurisdicionado. Este, ciente de como decidem as cortes, passa a moldar o próprio comportamento, judicial e extrajudicialmente<sup>97</sup>.

Neste aspecto, e em especial quanto às indenizações por dano moral, se verifica que a oscilação da jurisprudência, mesmo para casos iguais ou muito parecidos, gera

---

3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 327. Ed. digital. No mesmo sentido: *Nos pedidos indenizatórios por dano moral, o valor da causa, segundo a lei (art. 292, V), deverá ser o valor pretendido. No entanto, exatamente porque os danos morais nunca se apresentam em valores concretos e específicos, tem-se admitido que o pedido formulado seja feito em generalidade máxima, deixando o arbitramento a critério do juiz.* FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 864. Ed. digital. 864.

<sup>95</sup> Ag.Int. no REsp 1.909.979/SP, 3ª Turma, j. 25.10.2021, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 28.10.2021.

<sup>96</sup> *A jurisprudência íntegra é, necessariamente, jurisprudência construída de modo coeso, em que as decisões ‘conversam’ entre si. Dessa ideia de integridade defluem as de uniformidade, estabilidade e coerência. ‘Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência’, diz o art. 926, caput, do CPC/2015, de modo a que situações idênticas recebam tratamento diferente (e, de outro lado, que não sejam tratadas de modo idêntico situações distintas, algo que também violaria o princípio da isonomia, que carrega consigo o reconhecimento do ‘direito em ver reconhecida a diferença’, já que tratar do mesmo modo situações distintas também significaria violar a isonomia). A uniformidade é detectável em uma época ou contexto histórico, isso é, ao se visualizarem pronunciamentos proferidos em um mesmo ambiente. A estabilidade tem a ver com a linearidade temporal de um dado modo de decidir. Estabilidade não pode significar imutabilidade, já que a estabilidade liga-se aos elementos a serem considerados na construção da decisão judicial estáveis esses elementos, de igual modo deve manter-se estável a orientação jurisprudencial. A coerência, por fim, é justamente aquilo que está na ligação, no relacionamento entre os julgados uniformes num momento ou num contexto e estáveis ao longo do tempo.* MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.403, ed. digital.

<sup>97</sup> [...] a conduta dos órgãos judiciários influencia significativamente o comportamento das partes: estas correspondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a ‘confiança’ dos litigantes. MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 46, ed. digital.

insegurança<sup>98</sup>. A título de exemplo, em 29.12.2021 foi realizada pesquisa da jurisprudência do C. STJ, a partir dos seguintes critérios: a) ação indenizatória decorrente de acidente de trânsito; b) autor(es) pessoa(s) física(s), familiar(es) da(s) vítima(s); c) ré(us) pessoa(s) jurídica(s); c) pedido de indenização por dano moral (singular ou cumulado); d) reconhecimento da responsabilidade exclusiva do ofensor. A partir de tais critérios esperava-se encontrar valores próximos, fixados a título de indenização por dano moral. Foram, todavia, díspares os resultados obtidos<sup>99</sup>.

Além de ser encontrada disparidade de julgamentos em casos semelhantes, chama a atenção uma segunda questão: o STJ possui importante precedente que buscou estabelecer balizas para fixação de indenização em caso de acidente com resultado morte. No REsp 959.780/ES (3ª Turma, j. 26.04.2011, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ

---

<sup>98</sup> O problema da falta de integridade e coerência no trato das indenizações por danos morais pelo C. STJ foi percebida por Fábio Luis Furrier. *A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método*. RePro vol. 206/2012, p. 295-319, abr. 2012. Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>99</sup> a) AgInt no AREsp 1.626.774/SE, 4ª Turma, j. 13.12.2021, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Autores: duas vítimas, a primeira companheira de um dos autores e genitora dos demais, a segunda filho de um dos autores e irmão dos demais. Ré: usina de álcool, açúcar, energia e aguardente. Fatos: colisão, com óbito dos dois ocupantes de motocicleta. Danos morais: R\$ 50.000,00 por vítima (duas) para cada um dos autores (três); total de R\$ 300.000,00. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. b) AgInt no AREsp 1.877.705/RJ, 4ª Turma, j. 22.11.2021, Rel. Min. Raul Araújo. Autores: genitora e irmão da vítima. Ré: transportadora (transporte coletivo). Fatos: colisão, com óbito do ocupante de motocicleta. Danos morais: R\$ 50.000,00 para a genitora e R\$ 30.000,00 para o irmão. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. c) AgInt no AREsp 1.423.241/SP, 4ª Turma, j. 25.10.2021, Rel. Min. Raul Araújo. Autores: genitores e irmã da vítima. Rés: empreiteira e companhia seguradora. Fatos: colisão, com óbito do motorista do ônibus. Danos morais: R\$ 150.000,00 para cada autor. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. d) AgInt no AREsp 1.712.201/SP, 3ª Turma, j. 20.09.2021, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Autores: esposa e filha da vítima. Réus: transportadora (transporte coletivo) e o motorista. Fatos: colisão, com óbito de motociclista. Danos morais: equivalente a cem vezes o salário mínimo para cada autor. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. e) REsp 1.761.898/CE, 2ª Turma, j. 14.09.2021, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Autores: genitores da vítima. Ré: autarquia estadual (obras públicas). Fatos: colisão, com óbito do motorista de camioneta. Danos morais: equivalente a quatrocentas vezes o salário mínimo, a ser dividido entre os autores. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. f) AgInt no AREsp 1.850.033/SP, 4ª Turma, j. 30.08.2021, Rel. Min. Raul Araújo. Autores: genitora e irmã da vítima. Ré: transportadora (transporte coletivo). Fatos: atropelamento por ônibus com óbito. Danos morais: R\$ 80.000,00 para a genitora e R\$ 40.000,00 para a irmã. Resultado no C. STJ: inalterado o valor. g) AgInt no AREsp 1.823.455/PE, 3ª Turma, j. 22.06.2021, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Autores: genitores, companheiro, dois filhos e seis irmãos da vítima. Ré: empresa de atacado, varejo, distribuição e logística. Fatos: colisão, com óbito da motorista do veículo. Danos morais: R\$ 50.000,00 para cada genitor; R\$ 30.000,00 para o companheiro e cada um dos dois filhos; R\$ 15.000,00 para cada irmão. Resultado no C. STJ: majorado para R\$ 70.000,00 para os genitores, companheiro e filhos da vítima (valor individual) e R\$ 20.000,00 para os irmãos; total de R\$ 470.000,00, apontando-se para teto de valor equivalente a 500 salários mínimos para a entidade familiar. h) AgInt nos EDcl no REsp 1.743.741/RJ, 4ª Turma, j. 31.05.2021, Rel. Min. Marco Buzzi. Autores: filhas da vítima, ocupava carona de automóvel. Ré: universidade pública estadual. Fatos: colisão, com óbito de motorista e carona de automóvel. Danos morais: R\$ 75.000,00 para cada filho. Resultado no C. STJ: inalterado o valor.

06.05.2011), o Ministro Relator fez longo e completo estudo sobre os métodos de arbitramento do valor do dano moral, bem como da média de valores encontrada na jurisprudência do próprio C. STJ; buscou identificar as razões pelas quais se chegou a tal média; ao final, concluiu que é razoável a fixação de indenização por dano moral, em caso de com morte, em montante variável entre trezentos e quinhentos salários mínimos. A fixação de valores mínimo e máximo (desde que ligados a algum indexador que os mantenha atualizados) permite adequação do pedido e da decisão condenatória às especificidades da causa. Calharia, em situações fáticas que se amoldem ao precedente, adotá-lo, em cumprimento ao CPC 926.

Persiste, todavia, uma questão: e quando não existem contornos jurisprudenciais bem definidos, que permitam acomodar um pedido de indenização por danos morais em valor determinado?

As situações fáticas causadoras de danos (incluídos os morais), são inúmeras, o que levou o legislador brasileiro a adotar, no CC 186 e 927, uma cláusula geral de indenizar<sup>100</sup>. Quanto ao dano moral, tal opção vale tanto para identificar as causas do dano, quanto para arbitramento do valor. Esta forma de legislar permite que a jurisprudência aos poucos crie soluções paradigma para os mais variados casos, paulatinamente eliminando as dúvidas e estabelecendo balizas seguras, para partes e julgadores<sup>101</sup>. O fenômeno, aliás, não passou despercebido pelo STJ. Ainda em 2012, no julgamento do REsp 1.313.643/SP (3ª Turma, j. 22.05.2012, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 13.06.2012), o Ministro Relator registrou que, na medida em que a jurisprudência evolui e aprecia casos iguais ou parecidos, passa a fixar com maior precisão, valores e elementos a serem considerados no arbitramento dos danos

---

<sup>100</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 191.

<sup>101</sup> 'A cláusula geral é o ponto de apoio para a formação judicial da norma adequada ao caso concreto. Seu objetivo é o de enviar o juiz para critérios (...) que há em outros espaços do sistema ou através de variáveis sociais, como usos e costumes'. De acordo com o autor mencionado, pode o juiz decidir com base em uma cláusula geral, desde que se trata de situação para a qual não conste, no direito posto, solução expressa. São, portanto, três as funções da cláusula geral: é regra de integração hermenêutica, e fonte criativa de direitos e deveres jurídicos, e limita o exercício de direitos subjetivos. [...] Os 'poros' do sistema – princípios jurídicos, conceitos vagos e cláusulas gerais, - não têm a função de destruí-lo, mas de adaptá-lo. As cláusulas gerais deverão gerar decisões que poderão ser tidas como precedentes, para as hipóteses em que no direito positivo não se encontrem respostas para o caso posto sob a apreciação do juiz. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.

morais<sup>102</sup>, estabelecendo critérios que balizarão casos futuros, de modo a gerar jurisprudência íntegra, estável e coerente<sup>103</sup>.

A construção de jurisprudência íntegra, além do Judiciário, é tarefa que também cabe às partes. Não só porque o CPC 926 é uma regra que também se lhes destina, mas também porque, força no CPC 5º, se lhes impõe comportamento acorde com a boa-fé. Significa que as partes, havendo precedente judicial, lhe devem respeitar, limitando a pretensão aos limites jurisprudencialmente construídos, ou demonstrando, conforme autoriza o CPC 489, VI, que o precedente não se aplica àquele caso, ou está superado.

Estabelecidas as premissas, é possível harmonizar o CPC 292, V e a STJ 236, de modo a cumprir o mandamento legal e ao mesmo tempo evitar decisões que, afastando a aplicação da súmula, surpreenderiam a parte condenada ao pagamento de ônus sucumbenciais.

Havendo precedente(s) que estabeleça critérios balizadores do valor dos danos morais, que permitam identificar com clareza a(s) situação(ões) fática(s) englobada(s) e os montantes mínimo e máximo admitidos, torna-se possível exigir da parte que apresente pedido em valor determinado e que respeite os limites mínimo e máximo estabelecidos pela jurisprudência. Na causa de pedir constariam os argumentos sobre as peculiaridades da causa que justificam o valor pleiteado. Se a pretensão se encontrar entre os montantes mínimo e máximo admitidos pela jurisprudência, caberia aplicar a STJ 236, ainda que a condenação fosse em montante inferior àquele constante no pedido. Afinal, neste caso a parte teria se comportando de acordo com a boa-fé e observado o precedente judicial.

Por outro lado, se existir precedente(s) judicial e for apresentado pleito em valor superior àquele admitido como máximo, caberia, por primeiro, e para evitar qualquer alegação

---

<sup>102</sup> *Direito civil e processual civil. Indenização por danos morais. Requerimento de arbitramento pelo juiz da causa. Sugestão de valor. Limitação. Julgamento ultra petita. 1. Na formação dos precedentes desta Corte, já se firmou que na ação de indenização por danos morais não se exige que o autor formule pedido certo e determinado quanto ao valor da condenação pretendida, a ser fixada, diante da dificuldade de mensuração, segundo o prudente arbítrio do juiz. A medida em que a jurisprudência foi tratando do tema, contudo, certos parâmetros foram se estabelecendo para a fixação, de modo que se pode iniciar o caminho em prol da exigência de formulação de pleito preciso inclusive quanto a valores e elementos a serem ponderados na sua fixação, prestigiando-se o contraditório, que baliza o debate jurisdicional e acarreta maior precisão em valores. [...]*

<sup>103</sup> Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado 316. *A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.*

de surpresa (à luz do CPC 10) determinar a emenda da inicial, para adequação do pedido, com o alerta de possibilidade de ser afastada a aplicação da STJ 236. Havendo insistência em manter o pedido no valor apresentado, estaria justificada a condenação em honorários advocatícios, caso os danos morais fossem arbitrados em valor inferior ao pretendido. É certo que a parte poderia, na hipótese, na inicial ou na emenda (se determinada), justificar o pedido maior que o máximo admitido pela jurisprudência, seja por existirem especificidades do caso que autorizem a não aplicação do precedente (*distinguishing*), seja por estar superado o próprio precedente (*overruling*). Nesta hipótese, afastar a aplicação da STJ 236 serviria como incentivo de respeito ao precedente, contribuindo para a integridade da jurisprudência.

Numa terceira situação, pode inexistir precedente quanto ao cabimento dos danos morais ou, ainda que seja pacífico o entendimento de que existem tais danos dada uma situação fática, inexistirem balizas jurisprudenciais definidoras de critérios ou valores mínimos e máximos. Neste terceiro caso, manter-se-ia a aplicabilidade da STJ 236, desde que a parte identificasse os critérios justificadores da sugestão de valor, pena de ser afastada a aplicação da súmula. Esta exigência é pertinente tanto para coibir o uso abusivo do pedido de dano moral, quanto para, a partir dos critérios apresentados pela parte, formar novos precedentes. Afastar a aplicação da STJ 236, todavia, é medida que deve ser adotada *cum grano salis*, reservada às hipóteses nas quais o montante pretendido estiver flagrantemente desproporcional ao dano alegado. Não se ignora que a ausência de precedente dificulta a sugestão de um valor adequado à pretensão indenizatória. Ainda assim, não é difícil identificar o abuso através de método comparativo, tomando-se em conta o dano suportado e bem jurídico tutelado. Por exemplo, ainda que inexistia precedente a fixar balizas firmes para as indenizações por protesto indevido, é certo que tal indenização não pode superar aquela decorrente do óbito de um parente, situação em que há precedente firmado; estaria caracterizado o abuso num pleito de indenização por protesto indevido em valor equivalente àquele admitido pela jurisprudência para indenizar a perda de um ente querido, simplesmente porque, por mais importante que seja a preservação da imagem e do bom nome do cidadão (ou



da pessoa jurídica), estes se tratam de bens jurídicos que não se igualam ao bem jurídico vida.

## 5 CONCLUSÃO

A STJ 326, como todas as súmulas editadas pelo Poder Judiciário, surgiu em um momento histórico específico, para solucionar problemas decorrentes dos litígios levados ao Poder Judiciário e que precisavam ser resolvidos à luz da legislação então vigente. O problema enfrentado residia na desnecessidade de ser indicado valor para a pretensão indenizatória de danos morais. Como o julgador está vinculado ao pedido (já o estava, quando da edição da STJ 326), quando não estava indicado o *quantum* pretendido, cabia arbitrar o montante da indenização. Os critérios utilizados no julgar, que serviam para que fosse apurada e estabelecida uma justa indenização, encontravam-se na doutrina e na jurisprudência. A existência e a aplicação da súmula aí encontravam firme alicerce. Não seria juridicamente defensável condenar a parte que pleiteou danos morais a pagar ônus sucumbenciais quando o papel de arbitrar o montante indenizatório era exclusivo do julgador. O papel da parte, neste específico aspecto, limitava-se a apresentar a pretensão.

A situação jurídica alterou-se quando entrou em vigor o CPC/2015 que, especificamente no CPC 292, V, passou a exigir – sob pena de determinação de emenda – que o postulante dos danos morais apontasse com precisão o montante pretendido. Se o arbitramento da indenização não era mais uma exclusividade do julgador e passou a ser limitado pelo pedido, manter a aplicação da STJ 326 poderia significar um prêmio ao litigante que, abusando do direito de ação, apresentasse pleito com valores muito elevados e notadamente desproporcionais ao dano suportado. Por outro lado, deixar de aplicar a STJ 326 representaria desestimular os litigantes de pleitearem indenizações justas, fazendo-os apresentar pedidos com valores indenizatórios pequenos, ante o receio de ser condenado a arcar com os ônus sucumbenciais.

Ademais disto, para além da análise das circunstâncias da causa com o fito de estabelecer, na inicial, um pedido adequado à indenização por danos morais, tarefa que não se afigura fácil, há outro sério problema à apuração, pela parte,

do valor a apresentar em juízo: a jurisprudência é bastante oscilante quanto a valores, mesmo em casos idênticos ou muitíssimo parecidos. Esta oscilação dificulta ainda mais a formulação da pretensão.

Daí a necessidade de, ao invés de simplesmente concluir pela inaplicabilidade da STJ 326, ante a *novel* legislação processual, utilizá-la como mecanismo auxiliar para aprimorar a jurisprudência, que precisa ser estável, íntegra e coerente, e o mesmo tempo servir de norte para o litigante formular a pretensão de modo a não correr riscos quanto à sucumbência recíproca.

A sugestão posta, pois é a de aplicar a STJ 326 sempre que, existindo balizas jurisprudenciais seguras quanto a limites mínimo e máximo da indenização por danos morais, ou seja, existindo precedentes jurisprudenciais, estes são respeitados pela parte quando formula o pedido, e ainda assim a indenização é fixada em montante inferior àquele constante na petição inicial. A inexistência de risco de condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais serviria como um incentivo ao respeito aos precedentes e, por consequência, contribuiria por manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Por outro lado, caberia deixar de aplicar a STJ 326 quando, mesmo havendo precedentes jurisprudenciais, a parte opta por ignorá-los e, injustificadamente, pleiteia valor superior aos limites máximos estabelecidos pelos tribunais. Neste caso, a parte estaria, conscientemente, assumindo o risco de ser condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais, que teriam como base de cálculo a diferença entre o valor indenizatório pretendido e aquele efetivamente obtido. Calha ressaltar, nesta segunda situação, que caberia ao julgador, ao estabelecer o valor indenizatório, respeitar aos precedentes jurisprudenciais. Somente assim seria legítimo afastar a aplicação da STJ 326.

Entre estas duas situações apontadas, há uma terceira, que é a hipótese de, para o caso levado a julgamento, inexistir precedente seguro que possa ser observado pela parte quando formula a pretensão. Neste último caso, calha aplicar a STJ 326, ao menos durante o tempo em que a jurisprudência, julgando situações iguais ou muito parecidas, termine por iluminar a zona de penumbra em que aquela situação jurídica se encontra e forme o precedente. Afinal, não se pode punir a

parte com o pagamento dos ônus sucumbenciais, quando ainda não existem critérios dos quais possa servir-se para formular o pedido.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e pedido genérico de indenização**. Revista dos Tribunais. vol. 781/2000, nov. 2000. p. 33-50.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 677, ed. digital.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.]. **Breves comentários ao novo CPC**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239. Ed. digital.
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podvium, 2021.
- BAPTISTA, Ezequias Nunes Leite. **O valor da causa e o dano moral**. Revista de Processo. vol. 109/2003, jan.-mar. 2003, p. 249-251.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Ensaios e artigos, v. I**. Org. Fredie Didier Junior e Paula Sarno Braga. Salvador: Jus Podvium, 2014, pp. 601-612.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Considerações em torno do valor da causa**. Revista de Processo. vol. 13/1979, jan.-mar. 1979, p. 80-85.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil, vol. 1**. 21. ed. Salvador: Jus Podvium, 2019.
- DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, ed. digital.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **Manual de direito processual civil, vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2017, ed. digital.
- FURRIER, Fábio Luis. **A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método**. RePro vol. 206/2012, p. 295-319, abr. 2012. Revista dos Tribunais, 2012.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Fundamentos do direito civil, vol. 4**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ed. digital.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, ed. digital.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações, tomo I**. Atual. Georges Abboud e Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, ed. digital.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, ed. digital.

ONOFRE, Fernando Jacques. **Da inadmissibilidade do incidente de impugnação do valor da causa nas ações de reparação por danos morais**. Revista dos Tribunais. vol. 787/2001, mai. 2001. p. 147/152.

PADILLA, Luiz R. Nuñez. **Valor do dano moral no aponte para o protesto sem causa**. Revista de Processo. Vol. 84/1996, out.-dez. 1996, p. 246-248.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018, ed. digital.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Empresas transferiram seu ‘call center’ para o Judiciário**. Entrevista para o sítio Consultor Jurídico, publicada em 06.01.2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>. Acesso em 15.01.2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais**. Revista dos Tribunais. vol. 783/2001, jan. 2001. p. 183-196.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, vol. 2**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, ed. digital.

# [ CAPÍTULO 11 ]

## **SAÚDE MENTAL DO POLICIAL MILITAR: PANORAMA E AÇÕES DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL**

Valmir SOUZA<sup>104</sup>

Josiane Regina KRUPINISKI<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Major da PMPR, Bacharel em Direito, Doutor em ambiente e desenvolvimento. Endereço eletrônico: [soumcal@hotmail.com](mailto:soumcal@hotmail.com).

<sup>105</sup> Psicóloga, Mestra em Psicologia. Endereço eletrônico: [josiane.krupiniski@gmail.com](mailto:josiane.krupiniski@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade policial, e mais especificamente a do policial militar, está envolta por uma grande responsabilidade e carga de emoções, que reflete diretamente na saúde do trabalhador e também no atendimento das ocorrências policiais. Diariamente, a mídia informa a respeito de situações de violência e impulsividade envolvendo estes servidores, como também o número expressivo de suicídios cometidos por estas pessoas.

De acordo com o chefe do departamento de Psicologia da Policlínica da Polícia Civil do Distrito Federal, Roberto Vinuales, a atividade dos policiais está relacionada à imprevisibilidade da própria atuação profissional, o que “acaba afetando o processo cognitivo dos servidores, porque não há uma rotina igual a de muitas profissões”. O policial está sempre em estado de alerta, psiquicamente é muito adoecedor. Ao longo do tempo, passando décadas ou mesmo anos, este estado de vigilância, somado à ausência de pleno descanso, contribui para o adoecimento mental.

Diante disso, se verifica a necessidade de um atendimento abrangendo as áreas de cuidado psicológico, que garanta maior atenção à saúde mental dos profissionais da segurança pública e fica evidente a relevância do conhecimento a respeito das condições da saúde mental dos policiais militares, como também sobre o cenário das práticas de atendimento psicossocial que já existem, direcionadas a este público. Afinal, como afirma Back (2021, p. 209): “não basta ao agente de segurança apenas o preparo físico, técnico e tático; se não houver investimento e cuidado com o seu preparo emocional, esse profissional não será capaz de desempenhar plenamente suas atividades”.

A presente pesquisa busca apresentar uma perspectiva acerca da saúde mental dos profissionais de segurança pública de um modo geral, em especial dos Policiais Militares. Para tanto, uma revisão teórica da literatura sobre o tema é apresentada, seguida de um levantamento de como é feito o atendimento a demandas psicológicas por parte da Corporação do estado do Paraná.

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 SAÚDE MENTAL DO POLICIAL MILITAR**

A saúde mental é definida pela Organização Mundial da Saúde (2014) como “um estado de bem-estar no qual um indivíduo percebe suas próprias habilidades, pode lidar com os estresses cotidianos, pode trabalhar produtivamente e é capaz de contribuir para sua comunidade”.

Considerando as características da profissão de policial militar, de exposição direta a situações de violência, participação de ações ostensivas e pertencimento a um sistema de hierarquia e disciplina de extremo rigor; aliado ao fato de não existir uma rotina fixa de atuação (entenda-se como rotina fixa o fato de realizar as mesmas atividades diariamente de forma metódica, configurada no hábito de fazer algo sempre do mesmo modo, mecanicamente), de escala de trabalho, além de jornadas extras de serviço. Compreende-se nesta população, maior dificuldade na manutenção de hábitos saudáveis como sono reparador, prática de exercícios físicos, alimentação equilibrada e momentos de lazer, refletindo diretamente no estado de bem-estar aliado à saúde mental.

Back (2021) destaca que, em se tratando de saúde ocupacional, o trabalho na área de segurança pública se converte em um dos mais arriscados, pois, segundo a autora, os profissionais de segurança pública estão expostos a condições que podem desencadear o desenvolvimento de transtornos mentais. Em consonância, dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016) acusam que policiais morrem mais por suicídio do que por situações de serviço (confrontos armados).

Em sua dissertação de mestrado, Cândido (2013) aplicou questionários sobre saúde mental com 37 policiais militares lotados em um batalhão do Estado de Santa Catarina e obteve como resultado 40,54% dos participantes classificados em sofrimento mental; 97,06% apresentando algum transtorno mental e 52,38% indicaram sobrecarga de trabalho alta.

No que tange ao estresse vivenciado pelo policial, Moliani (2007, p. 61) informa que “o nível de estresse profissional está em primeiro lugar seguido dos controladores de voo, dos médicos e enfermeiros”. Ao apresentar os estudos feitos pela psicóloga Ana Maria Rossi, presidente da filial brasileira da

International Stress Management Association, Moliani (2007, p. 61) destaca que outros profissionais também sofrem alta pressão em suas atividades laborais, estando em cargos de alta responsabilidade, porém, estes trabalhadores “podem relaxar depois do expediente, enquanto que os policiais não”.

Segundo Lipp (2000, p. 12), “chama-se de estresse a um estado de tensão que causa uma ruptura no equilíbrio interno do organismo”. A mesma autora complementa informando sobre quando se atinge ao limite deste estado:

Há pessoas que têm em suas vidas uma fonte de estresse grande e permanente, como uma ocupação complicada ou uma situação familiar conflituosa, que constantemente afeta o seu equilíbrio interior. Nesses casos o processo do stress se constitui em um ciclo de altos e baixos, em que a pessoa consegue, com esforço, restabelecer o equilíbrio, este é quebrado novamente e mais uma vez é restabelecido temporariamente. Isso pode se prolongar por anos, até que um dia sua energia adaptativa se esgota e, não tendo mais como resistir, ela começa a adoecer (LIPP, 2000, p. 13).

De acordo com o Ministério da Saúde (2020), o estresse constante pode indicar o início de um distúrbio emocional chamado Síndrome de Burnout. Este distúrbio, caracterizado por um esgotamento profissional, produz sintomas de “exaustão extrema, estresse e esgotamento físico, resultante de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade”, comuns na rotina do policial.

Alves, Bendassolli e Gondim (2017) produziram um estudo baseado na Síndrome de Burnout em policiais militares, se baseando no cálculo de exaustão emocional: 0 a 19 pontos, nível de burnout baixo; 20 a 26 pontos, nível médio; e acima de 27 pontos, nível de burnout alto. Com isso, concluíram que a maioria dos policiais (64%) encontrava-se no nível alto de exaustão emocional e que a atuação no serviço de “policiamento ostensivo e enfrentamento direto à criminalidade” foi considerado a variável de maior incidência de exaustão emocional.

Couto et al. (2012) avaliaram 325 policiais em curso de formação de oficiais da polícia militar de um estado no sudeste brasileiro. Desta amostra avaliada, 55,9% apresentaram sinais de estresse. Destes, 41,8% apresentaram sintomas característicos da fase de resistência e quase-exaustão. Santos et al. (2021) encontraram resultados semelhantes com servidores do 3º Batalhão em Pato Branco, dos 268



participantes da pesquisa, 46,7% apresentaram níveis altos de estresse ocupacional. Para referidos autores, estresse ocupacional acarreta consequências em níveis individuais (que atingem o desempenho do indivíduo no trabalho e em sua saúde), grupais (que afetam o relacionamento interpessoal entre os pares) e organizacional (absenteísmo, atrasos, etc); e neste caso em específico, como agentes da segurança pública, as consequências serão sentidas também pela população. No entanto, apesar desta amostra apresentar níveis altos de estresse ocupacional, também foi observada relação positiva dos participantes com o trabalho.

Spode e Merlo (2006) em um estudo com oficiais da Polícia Militar do Rio Grande do Sul, mencionam sobre os aspectos relacionados ao trabalho serem fonte de prazer e também de sofrimento para estas pessoas. Além disso, também se referem à percepção da sociedade em relação à figura do policial, visto de forma controversa, às vezes como herói que protege, outras, como vilão que se corrompe e mata inocentes.

É importante destacar a importância da avaliação psicológica realizada com os candidatos do concurso para admissão à polícia militar. A inspeção das condições de saúde da pessoa interessada ao cargo se faz indispensável para que haja seleção daqueles que apresentem o perfil de aptidão à determinada função de elevada exposição a fatores de risco. A avaliação psicológica é um processo técnico-científico e para sua realização em concurso público e processo seletivo é regulamentada pela resolução nº 002/2016 do Conselho Federal de Psicologia. A saber, o Art. 1º da resolução supracitada descreve:

A avaliação psicológica para fins de seleção de candidatos(as) é um processo sistemático, de levantamento e síntese de informações, com base em procedimentos científicos que permitem identificar aspectos psicológicos do(a) candidato(a) compatíveis com o desempenho das atividades e profissiografia do cargo (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2016).

Dentre os fatores de risco a que estes profissionais estão submetidos está a violência. Spode e Merlo (2006, p. 362) informam sobre “o policial trabalhador cuja função é conter a violência, mas que, ao mesmo tempo, corre o risco de reproduzi-la e/ou de ser vítima dela”.

Em uma pesquisa realizada por Oliveira e Santos (2010) com policiais militares de dois batalhões do Estado de São

Paulo, foi encontrado que os participantes (91,7%), sempre ou às vezes, percebiam-se estressados. Esta pesquisa apontou ainda que uma parte (41,7%) relatou já ter agido impulsivamente em alguma ocorrência; 88,3%, sempre ou às vezes, se sentiam emocionalmente cansados após o dia de trabalho; 62,5% afirmaram que às vezes percebiam-se agressivos no trabalho; 20,8% já pensaram em suicídio e 8,3% nunca se sentiam realizados com a profissão.

Miranda e Guimarães (2016) afirmam que, apesar das controvérsias, apontadas por O'Hara e Violanti (2009), a literatura indica que policiais, se destacam como um grupo de alto risco de morte por suicídio, dentre as mais variadas profissões, levando em conta pesquisas epidemiológicas. A respeito de fatores relacionados ao suicídio de policiais militares, Miranda e Guimarães (2016, p. 14) trazem alguns levantamentos a respeito:

Fatores estressantes da atividade policial e as características de sua vida privada [...] O uso de álcool, doença física e mental, idade elevada e aposentadoria iminente [...] a insatisfação com a polícia, a relação hierárquica entre policiais superiores e subordinados, o medo de investigações internas e as pressões sociais [...] o baixo nível de confiança entre os colegas de trabalho torna o policial vulnerável ao ato suicida, por último, conflitos conjugais e problemas no local de trabalho aparecem associados ao comportamento suicida entre policiais.

Diante de um senso comum, a ideia do uso de violência por parte da polícia é tido como algo intrínseco. Contudo, uma pesquisa feita por Moliani (2007) com policiais militares da Rotam (Rondas Ostensiva de Tático Móvel) do 9º Batalhão em Paranaguá apontou que os 79% dos seus integrantes acredita que “a violência não seria uma atividade necessária dentro das atividades policiais-militares”.

Certo que se trata de uma pesquisa de opinião e que as ações policiais militares são analisadas a posteriori pela própria corporação e por órgãos de controle. Diante de uma possível dissonância entre a opinião dos militares estaduais e a prática diária, faz surgir a indagação de como o pensamento e ações policiais podem ser conflitantes e como este conflito atua para o aumento do estresse policial.

No que trata do afastamento de policiais, Back (2021) apresentou dados do Estado de São Paulo entre 2015 e abril de 2020, período em que se verificou 12.622 afastamentos de policiais civis devido a “transtornos mentais e

comportamentais”. No caso da Polícia Militar no mesmo período “3,50% do efetivo de Policiais Militares foram afastados do serviço devido a transtornos mentais e comportamentais” (BACK, 2021, p. 212).

O trabalho realizado por Sobrinho e Brito (2009) apresentou uma pesquisa realizada com uma amostragem do efetivo das Rondas Ostensivas de Natureza Especial (RONE) da Companhia de Polícia de Choque da Polícia Militar do Paraná (PMPR), e verificou que quase 70% do efetivo avaliado era submetido a uma jornada de trabalho causticante, tendo como consequência cansaço e fadiga nos policiais. Os autores apontaram que no ano de 2009, a PMPR não contava com um sistema preventivo de doenças como estresse, mas tão somente a existência de um protocolo de atendimento pós-confronto armado, definindo o encaminhamento ao Centro Terapêutico da PMPR para avaliação dos policiais que se envolviam nesse tipo de ocorrência.

Dados da Polícia Militar do Paraná, conforme o Serviço de Assistência Social (SAS) (SANTOS, 2018, p.22) indicam entre 2013 a 2016, aconteceram 21 suicídios, sendo que 86% destes, foram de policiais militares da ativa e 14%, da reserva.

Em se tratando de saúde mental dos Policiais Militares paranaense, pesquisa realizada por Shikida et al. (2020) recentemente, com militares estaduais de batalhões localizados na região de Fronteira com o Paraguai e Argentina, ilustra como está o cenário em relação ao suicídio. Foi perguntado ao entrevistado se já havia pensado em suicídio, se já havia tentado suicídio, ou se nunca pensou e nem tentou suicídio. O resultado apresentou respectivamente os seguintes percentuais: 45%, 2% e 53%. Em relação a outros casos de suicídio a pesquisa destacou que 53% dos Policiais Militares entrevistados apresentaram “colega (não policiais militares) que suicidou, 40% tiveram amigo que suicidou, 68% tiveram policiais militares que suicidaram e 18% apresentaram um parente que suicidou” (SHIKIDA et al., 2020, p. 104).

Neste sentido, Silva e Bueno (2017, p. 10) destacam que “a prevenção do suicídio de policiais militares perpassa por questões objetivas e extremamente necessárias”. Os autores concluem que, as características da profissão policial por si só, impõem condições que podem agravar o problema e dificultar os trabalhos de prevenção.

Silva e Bueno (2017) se dedicaram a estudar o suicídio dentro da PMPR e traçaram o perfil básico dos policiais militares que se suicidaram. Com a pesquisa, puderam constatar que a maioria (81%) dos suicidas possuía até 50 anos de idade e estava no serviço ativo da Polícia Militar (76%), e destes, a maioria (69%) atuava em atividades operacionais.

Os pesquisadores esclarecem que os fatores estressores internos encontrados no ambiente de trabalho associado a problemas externos à Corporação, “como relacionamentos pessoais, por exemplo, juntamente com o abuso de álcool e acesso à arma de fogo” contribuem para a existência de “policiais mentalmente perturbados que podem ver no suicídio a única saída para sua dor e sofrimento” (SILVA e BUENO, 2017, p. 12).

Em uma revisão de literatura sobre o sofrimento psíquico de policiais militares, foi verificado maior frequência de transtornos relacionados ao sono, transtornos de ansiedade, transtorno de estresse pós-traumático, transtorno de humor bipolar, abuso de álcool e outras drogas e uso exagerado de medicação psiquiátrica (SANTOS, et. al., 2019).

## 2.2 ATENÇÃO PSICOSSOCIAL NA PMPR

Diante dos dados expressivos a respeito do sofrimento psíquico dos policiais militares, observa-se a importância de verificar as práticas que estão sendo adotadas em relação ao atendimento psicológico deste público, como também as ações direcionadas à prevenção e promoção da saúde mental. Neste tópico, o foco se manterá no âmbito do estado do Paraná.

De acordo com Felix e Silva (2016), o termo Psicossocial (utilizado também na área da Psicologia do Desenvolvimento e Psicologia Social) foi adotado pelo contexto de saúde mental, recebendo conotação técnica e criação da nomenclatura “atenção psicossocial” no âmbito da reforma psiquiátrica e do Sistema Único de Saúde.

A Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001, organizou a reforma psiquiátrica brasileira, descentralizando a assistência aos indivíduos com transtornos mentais ou em sofrimento relacionado ao uso de álcool e outras drogas, promovendo uma rede de atendimento a estes usuários dentro de sua comunidade em Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) em vez de asilamento em hospitais psiquiátricos e exclusão social,

desenvolvendo também o trabalho em equipe de profissionais da área da saúde. Como informa o Ministério da Saúde (2021):

Os CAPS são postos estratégicos na articulação da RAPS, seja na atenção multiprofissional direta, visando à promoção da saúde mental dos pacientes e de suas famílias, da vida comunitária e da autonomia dos usuários, seja na ordenação do cuidado. O trabalho é feito em conjunto com as equipes de Saúde da Família (eSF) e agentes comunitários de saúde (ACSs), articulando e ativando os recursos existentes na própria RAPS e em outras redes, assim como nas comunidades (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021)

Instituída por meio da Portaria Nº 3.088 de 23 de dezembro de 2011, a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) está apoiada na Política Nacional de Saúde Mental do Ministério da Saúde: “é um instrumento para o cuidado integral à saúde mental da população brasileira [...] as diretrizes e princípios da RAPS estão ancorados nos direitos humanos, e a execução de ações acontece via meios intra e intersetoriais, em redes capilarizadas nos territórios”.

As RAPS promovem cuidado às pessoas com sofrimento mental sob a ótica do atendimento integral e humanizado, com acompanhamento contínuo, levando em conta a singularidade do indivíduo e do contexto em que está inserido (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021). Em virtude do contexto da rotina de trabalho do policial que atravessa sua vida no âmbito particular, apresentando riscos dentro e fora do horário de serviço, entende-se a importância de ter um atendimento que compreenda e acolha a diversidade em que este servidor e sua família estão inseridos.

De acordo com dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em junho de 2018 foi sancionada a Lei nº 13.675 que institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). O Art. 42 da referida Lei, apresenta o Programa Nacional de Qualidade de Vida para Profissionais da Segurança Pública (Pró-Vida) que tem por objetivo a realização, monitoramento e avaliação dos projetos de programas de atenção psicossocial dos servidores da Segurança Pública.

Por meio da Secretaria da Segurança Pública do estado do Paraná no ano de 2020, foi criado o programa Prumos para oferecer suporte psicossocial aos servidores da segurança de todo o estado e seus familiares. A partir deste programa, foram contratados psicólogos e assistentes sociais para executarem atividades de acolhimento, encaminhamento (quando houver

necessidade), avaliações, palestras e ações preventivas visando saúde mental e qualidade de vida ao público-alvo.

O programa fez previsão de contratar por processo seletivo simplificado (que tem duração de um ano prorrogável por igual período) 57 psicólogos e 13 assistentes sociais. O atendimento se dá dentro dos próprios espaços da unidade de polícia, que adaptam os espaços internos buscando desenvolver as atividades propostas e o acolhimento dos servidores da segurança pública. As cidades de Curitiba, Londrina, Maringá e Cascavel contam com Centros de Atendimento Psicossocial, e para dezessete outras cidades do estado, há Seções de Atendimento Psicossocial, em que o mesmo serviço é disponibilizado.

Estas medidas apontam para a regulamentação da responsabilidade do Estado na promoção de serviços de atendimento à saúde mental, entretanto, há fatores relevantes frente ao engajamento a estes serviços por parte do público. Cechet (2021) menciona que muitos profissionais da segurança pública relacionam a busca por ajuda psicológica com fragilidade, julgamento e discriminação dos colegas de trabalho; além disso, negligenciam os primeiros sinais de dificuldade emocional. Campanhas de caráter educativo são sugeridas por Cechet (2021) para combater o preconceito existente nas instituições policiais.

Back (2021) salienta a importância do apoio à família dos policiais pois, além de serem coadjuvantes das consequências emocionais causadas pela profissão, um ambiente familiar saudável configura fator de proteção na prevenção de transtornos mentais. A autora expõe:

O policial, em sua atuação, necessita mobilizar mecanismos psicológicos para enfrentar as diversas situações que a profissão exige diariamente (perigo constante, medo, morte e todos os demais fatores de estresse) e é inevitável que isso gere consequências. Nas relações familiares, tais consequências muitas vezes são evidenciadas, necessitando, por parte dos familiares, preparo para enfrentá-las conjuntamente ao policial. Nesse sentido, é importante considerar também esse apoio extensivo aos familiares dos agentes, como forma de auxiliá-los de maneira ampliada, contribuindo para um ambiente familiar mais saudável, fator de proteção ao desenvolvimento e agravamento de transtornos mentais (BACK. 2021, p. 215).

A atenção à saúde mental pode ocorrer antes que algum problema mais grave se instaure. Back (2021, p. 215) indica a importância de capacitar os policiais sobre o contexto psicossocial durante o curso de formação com

“desenvolvimento de habilidades sociais, mecanismos de enfrentamento ao estresse, entre outras”. Além disso, a presença de um profissional da saúde mental na rede de atenção a esta população facilita o acesso às medidas de prevenção como também de intervenção.

Segundo Sobrinho (2007) o Decreto nº 473, de 1917, criou o Serviço de Saúde da Força. Em 1958, foi inaugurado o Hospital da Polícia Militar, localizado em Curitiba. No ano de 2006 a PMPR contava com 106.976 (cento e seis mil novecentos e setenta e seis) beneficiários do sistema de saúde (militares estaduais e dependentes legais).

Desde 2016, a PMPR conta com o atendimento do Plantão Psicossocial da Diretoria de Pessoal da PM (DP). Segundo divulgação da própria PMPR, todas as atividades exercidas pelos integrantes do Plantão Psicossocial do Serviço de Assistência Social (SAS) têm como base as determinações da Organização Mundial da Saúde (OMS). O plantão atua no acolhimento tanto do policial militar, quanto da sua família, sendo que na sequência existe a intervenção dos profissionais da Psicologia e da Assistência Social com visitas aos envolvidos, bem como, o acompanhamento após o ocorrido.

O Corpo de Bombeiros do Paraná divulga em sua página na internet um serviço de apoio psicossocial aos policiais e bombeiros militares ofertado pela Seção de Assistência Social (SAS) da PMPR. O informe esclarece que o serviço de o apoio psicológico de acompanhamento do militar envolvido em ocorrências de Alto Risco (PROAAR) que pretende avaliar sintomas de estresse pós-traumático e oferecer orientação a respeito da percepção dos sintomas caso ocorra de forma tarde, como também questões de caráter social e religioso, está disponível nas principais cidades do Estado.

Dentre as atividades realizadas pelo SAS estão a avaliação psicológica pericial para militares da Ativa, realizada na Junta Médica; o programa de avaliação psicológica; o atendimento psicológico adulto; o PROAAR - Programa Recomeçar; o Programa de Prevenção ao Suicídio e Valorização da Vida; dentre outras.



### **3 METODOLOGIA**

O presente trabalho de caráter exploratório refere-se a uma revisão de literatura narrativa. Segundo Gil (2002), as pesquisas exploratórias possibilitam a compreensão do problema. Foi realizada revisão integrativa da literatura, tendo as busca sido realizadas pelos termos ‘saúde mental’, ‘policiais militares’, ‘estresse policial’. Esses critérios básicos de inclusão na busca foram observados para artigos publicados revistas científicas ou artigos acadêmicos, em português disponibilizados na rede pública da Internet. Ademais, a pesquisa teve ainda o foco em descortinar como se dá o atendimento aos Policiais Militares acometidos de demandas de saúde mental, realizado pela Polícia Militar do Paraná.

### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nota-se uma extensa variedade de estudos nesta temática, tanto de pesquisas qualitativas como quantitativas, revisões de literatura e pesquisas de campo com aplicação de diferentes instrumentos para investigação de constructos psicológicos em sua maioria relacionados ao estresse. Neste sentido, pode-se considerar a existência de uma inquietude de conhecimento a respeito da saúde mental dos policiais, pois, por um lado a sociedade necessita destes servidores para prestação de serviços de segurança no âmbito público, e por outro, percebe-se que estas pessoas não são apenas ferramentas para execução de tal atividade.

Como relata Back (2021) “é preciso lembrar que existe um ser humano por trás da farda, que traz consigo toda uma carga de emoções e vivências pessoais, problemas cotidianos e familiares, dificuldades de ordem emocional e financeira, como qualquer pessoa”. Desta forma, também entende-se que para esta pessoa executar seu trabalho de forma adequada, além de todos os treinamentos práticos investidos, também se faz fundamental o cuidado de sua saúde mental.

A partir do que foi exposto, pode-se entender que há um nível elevado de estresse nos policiais militares, tendo relação com as situações adversas de trabalho a que estão sujeitos. O nível de estresse pode ser considerado um dos fatores de risco para o acometimento de sofrimento emocional, possibilitando



a instauração de transtornos mentais e consequente afastamento deste profissional de suas atividades laborais. Além disso, também chama a atenção para o alto e crescente número de suicídios neste público.

Pode-se verificar que o Estado do Paraná está ciente desta realidade, pois proporciona medidas de atendimento ao servidor em sofrimento, como também de prevenção e promoção de saúde mental com a contratação de mais profissionais de psicologia e assistência social. No entanto, nota-se que o número de profissionais disponibilizados não é suficiente para atender de forma integral o público-alvo, bem como, que a modalidade de contratação temporária não permite a segurança da manutenção das atividades.

## REFERÊNCIAS

JORNAL DE BRASÍLIA. **Alerta para a saúde mental de policiais**. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Saúde Mental: um estado de bem-estar**. Disponível em: [http://www.who.int/features/factfiles/mental\\_health/en/](http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/en/). Acesso em: 16 mar. 2022.

BACK, C. M. Acompanhamento psicológico preventivo para agentes de segurança pública. **Revista brasileira de segurança pública**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 208-225 fev./mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. São Paulo: FBSP, 2016.

CÂNDIDO, Paula Emanuela Fernandes. **Trabalho e saúde mental em policiais militares de Palhoça (SC)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

MOLIANI, Geraldo. **Confrontos armados: formas de controle**. Monografia (Especialização em Estratégias em Segurança Pública) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

LIPP, M. E. N. **O Stress está dentro de você**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Síndrome de Burnout**. Brasília, DF, 2020.

ALVES, Joatã Soares Coelho; BENDASSOLLI, Pedro Fernando; GONDIM, Sônia Maria Guedes. **Trabalho emocional e burnout: um estudo com policiais militares**. Avances en Psicología Latinoamericana, v. 35, n. 3, p. 459-472, 2017.

COUTO, G. *et al.* Saúde mental do policial militar: Relações interpessoais e estresse no exercício profissional. **Psicologia Argumento**, Curitiba, n. 68, p. 185-194, jan./mar. 2012.

SANTOS, F. B. *et al.* Estresse ocupacional e engajamento no trabalho entre policiais militares. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 12, p. 5987-5996. 2021.

SPODE, C. B.; MERLO, A. R. C. Trabalho policial e saúde mental: uma pesquisa junto aos Capitães da Polícia Militar. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 362-370. 2006.

Conselho Federal de Psicologia. (2016). **Resolução CFP nº 002/2016**. Regulamenta a Avaliação Psicológica em Concurso Público e processos seletivos de natureza pública e privada e revoga a Resolução CFP Nº 001/2002.

OLIVEIRA, K. L.; SANTOS, L. M. Percepção da saúde mental em policiais militares da força tática e de rua. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 12, n. 25, p. 224-250, set./dez. 2010.

MIRANDA, D., GUIMARÃES, T. O suicídio policial: o que sabemos? **Dilemas: Revista de estudos de conflito e controle social**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-18, jan./abr.. 2016.

O'HARA, A. F., VIOLANTI, J. M. Police Suicide: Web Surveillance of National Data. **International Journal of Emergency Mental Health**, v.. 11, n. 1, p.17-23. 2009.

SOBRINHO, Lorival da Cunha; BRITO, Nerino Mariano. **O estresse causado pelo serviço policial [...]**. Monografia (Especialização em Estratégias em Segurança Pública) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SANTOS, Marcia. **Equipe do Plantão Psicossocial adota uniforme para atendimento a militares estaduais. Polícia Militar do Paraná**, 29/07/2020. **Disponível em:** <https://www.pmpr.pr.gov.br/Noticia/Equipe-do-Plantao-Psicossocial-adota-uniforme-para-atendimento-militares-estaduais>. **Acessado em: 20 fev 2022.**

SHIKIDA, P. F. A. *et al.* (2020). Suicídio Policial: Percepções a partir de dados primários no Oeste do Paraná. **Práticas De Administração Pública**, v. 4 n. 2, p. 90–116. 2020.

SILVA, M. A.; BUENO, H. P. V. O suicídio entre policiais militares na polícia militar do Paraná: esforços para a prevenção. **Revista de Ciências policiais da APMG**, São José dos Pinhais, v. 1, n.1, p. 5-23. 2017.

SANTOS, R.O.B. *et al.* O sofrimento psíquico de policiais militares em decorrência de sua profissão: revisão de literatura. **Revista Gestão e Saúde**, Brasília, v. 20, n. 2, p. 14-27. 2019.

FELIX, T. S.; SILVA, F. F. E. As origens e a pertinência do conceito psicossocial nas políticas de saúde mental no Brasil. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**. v. 8, n. 18, 2016

BRASIL. Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Atenção Psicossocial Estratégica**. Brasília, DF, 2021.

Ministério da Saúde (BR). Portaria nº 3.088, de 13 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2001.

SECRETARIA da Segurança Pública do Paraná, c2020. Disponível em <https://www.seguranca.pr.gov.br/programa-prumos>. Acesso em 13/03/2022.

CECHET, L. W. Saúde mental em agentes da segurança pública: um estudo exploratório na polícia militar do estado do Paraná. **Vigilantes Sempre – Revista Científica de Segurança Pública**, Natal, v. 1, n. 1, p. 109-122 jul./dez. 2021.

SOBRINHO, Ademar Cunha. **A regionalização da saúde na polícia militar do Paraná**. Monografia (Especialização em Estratégias em Segurança Pública) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

# [ CAPÍTULO 12 ]

## **O *COMMOW LAW* E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Yegor Moreira Júnior<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Mestre em Ciências-Jurídicas Internacionais pela Universidade de Lisboa, reconhecido pela Universidade Federal de Goiás-UFG, especialista em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina-UEL, especialista em Direito Sanitário pela FIOCRUZ-Brasília, advogado do Consórcio de Saúde dos Municípios do Oeste do Paraná-PR-CONSAMU e professor universitário de Processo Civil e Direito Civil na Faculdade Assis Gurgacz-FAG. Cascavel-Paraná. Brasil E-mail:yegormoreira@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, o Poder Judiciário encerrou o ano de 2020 com 75.4 milhões de processos em tramitação, no qual 17,2%, ou seja, 13 milhões de processos desse total, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura (CNJ, Justiça em Números 2021, p.102).

Sendo ainda mais específico, no Supremo Tribunal Federal-STF, há mais de 2,5 milhões de processos sobrestados em razão da repercussão geral.<sup>107</sup> Como se sabe, a decisão do STF nesses processos de repercussão geral vincula todos os tribunais inferiores no qual deverão respeitar os precedentes vinculativos.

Ao perceber os milhares de recursos e muitos que tratavam sobre os mesmos temas jurídicos, o legislador começou a criar mecanismos para que pudesse haver um julgamento por amostragem dos recursos extraordinários e especiais, conforme os arts. 927, 1.036 e 1.041 do CPC/2015.

Como se pode observar, as decisões dos tribunais superiores, em especial, o STJ e o STF pautadas nas introduções dos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 buscam harmonizar as decisões judiciais.

Dessa forma, os precedentes de observância obrigatória foram estabelecidos pelos juízes é denominada de “*stare decisis*”, desenvolvida amplamente pelo *common law*.

Nessa esteira, os precedentes judiciais estritamente relacionados com o sistema jurídico da *common law* começa a ganhar importância no processo civil brasileiro, naturalmente vinculado ao sistema jurídico da *civil law*.

Desta forma, o presente artigo tem como escopo discorrer algumas influências do sistema do *common law* no CPC/2015, em especial, sobre os precedentes judiciais de observância obrigatória.

---

<sup>107</sup> Há no STF mais de 1100 temas de repercussão geral Cfr. STF <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>, acesso em 11/03/2022.

## 2 METODOLOGIA

Estudo de caráter descritivo-analítico da influência dos institutos processuais do *commom law*, em especial os precedentes judiciais, no Código de Processo Civil Brasileiro.

O levantamento da legislação que trata sobre o tema de precedentes judiciais, produzida no período de 2015 a 2021, foi realizado no site do Conselho Nacional de Justiça ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)) e do Poder Legislativo ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)). Foram compreendidas na pesquisa as seguintes espécies legislativas: leis ordinárias (LO), Resoluções (RES).

De forma complementar foram ainda pesquisadas no site do Conselho Nacional de Justiça ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)) e decisões judiciais sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)).

A revisão bibliográfica, que trata da teoria dos precedentes judiciais no CPC/2015 e do sistema *commom law*, foi condição inicial para o estudo e oferece a fundamentação teórica à análise aqui empreendida, bem como o estudo, de caráter amplo, dos artigos.

## 3 REFERENCIAL TEÓRICO

Inicialmente, é interessante tecer algumas considerações e distinções do sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*.

O *common law* nasceu na Inglaterra, na idade média, tomando com base as decisões judiciais dos tribunais nos casos concretos. Este sistema jurídico prevalece em países de origem anglo-saxão, como por exemplo, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia (GUTIÉRREZ, p.59, 2006).

Ao explicar as fontes do direito inglês, Gutiérrez (2006, p. 90), destaca o precedente judicial como forma de resolver casos similares e quando não havia precedente se buscava o costume. Desta forma, o precedente são decisões de casos análogos examinados, e contém o direito vigente de forma não codificada, dando força jurídica e obriga a observância em todos os casos futuros similares pelos tribunais hierarquicamente inferiores, denominado *stare decisis*.

Continuando, Gutierrez (2006) diz que, uma exceção do *stare decisis* sendo portanto anulado (*overruled*), acontece quando o Tribunal superior decide não se atentar a um

precedente formulado, substituindo por um novo mais adequado ao momento histórico que se vive. E por fim, diz que um tribunal inferior pode desvincular de um precedente do tribunal superior somente quando estabelece as diferenças (*distinction*) entre o caso em exame e o caso objeto do precedente.

Quanto ao *civil law*, é o sistema jurídico adotado por excelência nos países de tradição romano-germânico, como por exemplo, Brasil, Itália e França, além de todas aquelas ex-colônias portuguesas e espanholas, onde os tribunais nada mais são que porta-vozes da lei escrita (GRECO, p.11, 2015).

Greco (2015) diz que a principal diferença da justiça entre o sistema *civil law* e *common law* é que naquele busca paz remota, sob a ótica estritamente da lei, e neste é pacificação dos litigantes, onde pouco importa como se vai dar a pacificação mediante lei ou outro meio qualquer. Finaliza ainda ao destacar que as deficiências do sistema do *civil law* tendem a buscar um noutro resolver determinadas pendências, como por exemplo, o juizado especial, que é influenciado pela *small claims courts* do *common law*.

Quanto à diferença do raciocínio jurídico utilizado pelos sistemas do *common law* e *civil law*, Wambier (2010) destaca o seguinte:

‘Então, grosso modo, os passos seriam:

- 1) Examinar o caso;
  - 2) Verificar a *relevant similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (*analogy*);
  - 3) Determinação da *ratio decidendi*;
  - 4) Decisão de aplicar o precedente para resolver o caso.
- Correspondentemente, em países de *civil law*:
- 1) Examinar o caso;
  - 2) Verificar a semelhança ou a identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma;
  - 3) Determinar exata e precisamente o sentido da norma;
  - 4) Decisão de aplicar a norma ao caso concreto.”

Importante ainda ressaltar que a influência do *common law* não é recente e tampouco o Código de Processo Civil de 2015 é o bastião desta influência.

Podemos verificar por meio do instituto do *judicial review* da *common* previsto desde da Constituição Federal de 1891 como pedra angular do controle incidental de constitucionalidade, passando pela Constituição de 1946, Ação Declaratória de Preceito

Fundamental pela Lei nº 9.882, de 1999, e as reformas feitas Emenda Constitucional nº 45/2004 e Lei nº 11.672/2008 com introdução das súmulas vinculantes e a sistemática dos recursos repetitivos. Por fim, chegamos ao Código de Processo Civil de 2015, onde os precedentes judiciais ganham nova força com objetivo de uniformizar sua jurisprudência como forma de assegurar sua estabilidade e integridade e determinar que os juízos observem tais posicionamentos com efeitos vinculantes. (HASELOF, p.7, 2017).

Desde da Constituição Republicana de 1891, o instituto do *judicial review da common law* influenciou o controle incidental de constitucionalidade, como marco de efeito vinculante da decisão judicial do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pela Constituição de 1946, a Lei n. 9882/99 com a Ação Declaratória de Preceito Fundamental com aplicação subsidiária e com eficácia erga omnes e vinculante, passando pelas as reformas do Código de Processo Civil, de pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, Lei 11.418/2006 e Lei 11.672/2008, com a introdução das súmulas vinculantes e as sistemáticas dos recursos repetitivos e repercussão até chegar ao Código de Processo Civil de 2015 com o prestígio dessas decisões precedentes com o escopo de impelir os tribunais que uniformizassem sua jurisprudência de modo a assegurar sua estabilidade e integridade e determina que os juízos de instâncias superior observem tais decisões com efeitos vinculantes. ( HASELOF, p.7, 2017).

Nessa esteira, sendo objeto do presente estudo, Haselof destaca as seguintes previsões no CPC/2015 como influência dos institutos da *common law*:

a) Art.138<sup>108</sup>-*Amicus Curiae*

Tem inspiração dos países onde adotam a *common law*, tendo como caso mais emblemático que aparece na história inglesa foi em 1686, quando o magistrado de um processo chamou um membro do Parlamento Inglês, Sir. George Treby, para figurar como *amicus curiae* no intuito de fornecer informações acerca de determinada lei que estava sendo aplicada naquele momento, em que o parlamentar havia

---

<sup>108</sup> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.



trabalhado em sua composição. Tendo como influência as ideias do alemão Peter Haberle.

Esse instituto permite a um terceiro alheio ao processo, chamado amigo da corte, manifeste em prol de interesse que julgam possa a vir a ser afetado pelo julgamento daquela demanda;

Entretanto, o CPC/2015 limita atuação do *amicus curiae* não podendo se resignar da decisão, cabendo o juiz solicitar ou admitir a intervenção e definir os poderes do *amicus curiae*.

b) Art.191<sup>109</sup>- Negócio Jurídico Processual

Percebe-se que o negócio jurídico processual é inspirado no *case management* das cortes federais norte-americanas trabalha com duas frentes: a) busca da solução do conflito por meios alternativos de resolução de controvérsias; e b) flexibilização judicial do procedimento, permitindo ao juiz que junto às partes previamente estipule às etapas do desenvolvimento do feito, gerenciando-o. (GAJARDONI, 2008, p.174).

O Negócio Jurídico Processual previsto no CPC permite às partes possam fixar o calendário dos atos processuais, possibilidade de escolha de mediadores e peritos (art.168 e 471), fixação de pontos controversos (art.357, §2º), etc;

Quanto ao limite dada disposição do negócio jurídico processual, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de

---

<sup>109</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. 5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.444 - SP (2018/0337644-0)23 de fevereiro de 2021, RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

c) Art.334<sup>110</sup> do CPC- Audiência de Conciliação ou Mediação

O atual modelo de realização da audiência de conciliação e ou mediação inspira-se no modelo *oral adversary hearings* anglo-americano, onde chamados, propriamente, de resolução de conflitos (conflict resolution) ou mediação de disputas (dispute settlement), em que as partes explicitam suas diferenças diante de árbitros – juízes ou jurados –, que atuam para chegar a consensos possíveis, seja na área cível, seja na área criminal.

O CPC/2015 incentiva que as partes cheguem na solução de sua controvérsia, tendo como conciliadores e mediadores instrumentos para chegar a pacificação social, tanto que só admitida quando se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição.

d) Art.459<sup>111</sup>- inquirição das testemunhas direto pelos advogados

Esse modelo é típico do modelo adversarial (*cross-examination*), que permite às perguntas diretamente às testemunhas pelos advogados, anteriormente, as perguntas eram feitas por intermédio do juiz, que já era aplicado no processo penal desde 2008.

Não obstante estes institutos destaca-se o sistema de precedente judicial do Código de Processo Civil de 2015, os quais passaremos a analisar a seguir.

---

<sup>110</sup> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

<sup>111</sup> Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

A partir do artigo 926 do CPC e, em especial, o artigo 927 do CPC passa a dispor quais seriam os precedentes judiciais a serem observados pelos juízes e tribunais nacionais, a saber:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Destaca-se que o julgamento de casos repetitivos divide-se em incidentes de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial, onde aquele o próprio relator seleciona dois ou mais casos representativos da controvérsia para apreciação do órgão colegiado do tribunal, e nos casos dos recursos especiais e extraordinário, o presidente do tribunal *a quo* seleciona dois ou mais recursos-paradigmas e encaminha ao tribunal *ad quem*.

Neste caso, o relator, no tribunal superior, determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.037, II, CPC).

Após o julgamento dos recursos paradigmas, *a ratio decidendi*, ou seja, a tese firmada no julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos pelo tribunal superior é aplicada nos processos suspensos em primeiro e segundo grau e em qualquer outro processo que surgir, vide art. 927, III, e 1.040, III, do CPC.

Da mesma forma é aplicado o julgamento por amostragem é observado também no incidente de resolução de demandas repetitivas, com repercussão nos processos em curso na esfera de jurisdição dos tribunais de segundo grau, vide arts. 927, III e 985, I e II do CPC.

Por sua vez, o incidente de assunção de competência acontece quando um caso de relevante repercussão social e jurídica, mas não tenha grande volume de processos. Neste caso, o relator pode propor que o caso seja analisado pelo órgão colegiado do tribunal, e o acórdão proferido em segunda

instância vincula todos os juízes e órgãos fracionários, no âmbito da jurisdição do tribunal. (MELLO, 2015, p.44-45)

Assim, a decisão proferida em incidente de assunção de competência, por qualquer tribunal, também constituirá precedente normativo (*ratio decidendi*) a ser obrigatoriamente observado em casos futuros.

Para aplicação de um precedente, o juiz deve analisar os dois casos e verificar se existe alguma semelhança substancial entre seus fatos e suas questões de direito. Um caso só será precedente, vinculante, se partilhar com o caso em análise os mesmo fatos e questões de direito que criaram o holding (*ratio decidendi*) da sua decisão.

Nessa mesma esteira, Oliveira Junior (2017) diz que o aplicador do direito, além de interpretar o precedente judicial para identificar a sua *ratio decidendi*, deve analisá-lo para verificar se as circunstâncias fáticas entre a decisão paradigma e caso concreto são semelhantes a ponto de justificar a aplicação da tese jurídica formada no precedente judicial.

Importante destacar que no sistema processual anterior somente as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal deveriam ser observadas pelos magistrados, não sendo, portanto, obrigados a seguir os demais precedentes. (MELLO, 2016, p. 1-3).

Como o novo Código, os julgamentos proferidos em recursos extraordinários perante o STF, recursos especiais repetitivos perante o STJ e o incidente de resoluções de demandas repetitivas suspendem os recursos idênticos até que seja proferida uma decisão pacificadora (*stare decisis*) com objetivo de resolver todas as questões de forma igualitária, passando a ser vinculantes entres os órgãos do Poder Judiciário, vide art. 947, § 3º, 987, §1º, do CPC. (SILVA, 2019, p. 16).

Lembramos que o incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

A doutrina do *stare decisis* sustenta que as decisões proferidas pela corte de maior hierarquia de uma jurisdição têm caráter vinculante para todas as cortes de hierarquia inferior pertencente à mesma jurisdição.

Dessa forma, assegura a continuidade (estabilidade); igualdade de tratamento; poupa o Judiciário de reanálises seguidas da mesma questão (economia processual); e proporciona a previsibilidade. (COSTA NETO, 2016, p.3).

Portanto, o instituto da *stare decisis* tem como pedra angular de que os Tribunais deveriam respeitar os seus próprios precedentes.

Costa Neto diz que sistemática de *common law* a decisão judicial se presta a uma dúplici função: decide o caso concreto (*res judicata*) e estabelece-se como precedente a ser observado no futuro. No sistema em questão, que se define como aquele em que o Direito é enunciado e desenvolvido por meio de decisões judiciais, o *stare decisis* acaba assumindo papel fundamental.

Silva (2019) destaca que há uma clara distinção entre precedente e jurisprudência, onde a primeira tem, de origem inglesa, pode ser uma única ou várias decisões que vinculam o próprio tribunal e os juízes a que estão subordinado, e a segunda, de origem francesa, é o conjunto de decisões harmônicas de uma determinada matéria. Ademais, o precedente obriga o julgador posterior adotar tal posicionamento mesmo que não esteja de acordo tal decisão.

Desta forma, caso não haja o respeito desses precedentes judiciais, o interessado ou Ministério Público pode propor o instituto da Reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, vide art. 988 e seguintes do CPC.

Nestes casos, a reclamação possibilita propositura direto na corte que o editou, não necessitando passar eventualmente por outras instâncias com objetivo de cassar a decisão violadora do precedente vinculativo.

O desrespeito a tais precedentes, no direito brasileiro, enseja a propositura de reclamação, diretamente na corte que o editou, permitindo que a parte a acesse per saltum, a fim de obter a cassação da decisão violadora do entendimento da corte vinculante.

Interessante notar que o art. 988 do CPC não previu os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, os enunciados das súmulas do

Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal, e a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual tais juízes e/ou tribunais estiverem vinculados, conforme inseridos no art. 927, incisos IV e V, do CPC. Estes precedentes tem eficácia intermediária e produzem efeitos que transcendem os casos concretos em que foram proferidos e devem ser cumpridos pelos demais órgãos judiciais, ainda que não se assegure o instrumento da reclamação para cassar as decisões que deixem de observá-los. (MELLO, 2016, p.46).

Entretanto, aplicação do precedente judicial não deve ser aplicado indiscriminadamente, deve o magistrado verificar se aplica no caso em concreto ora analisado, pode ser afastado o precedente pela técnica de afastamento, pela técnica de superação, no *common law* chamado de *distinguishing* e *overruling*.

Quanto ao *distinguishing*, Fredie Didier (2016, p. 206) entende que é uma técnica de confrontação do precedente com a demanda analisada, que pode ter como resultado: a aplicação do precedente, se as ess eventuais dissemelhanças entre os casos não forem relevantes para o afastamento ou impedir a aplicação do precedente, se as as divergências fáticas entre os elementos sejam suficientes para afastar a sua incidência.

Nessa esteira, o artigo 489, § 1º, VI, do CPC impõe ao magistrado o dever de fundamentar o motivo da não aplicação do enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, não basta a simples apontar ou mencionar os fatos distintos e divergentes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça-STJ reforçou o este entendimento, *in verbis*:

"Inicialmente, cabe frisar que a aplicação de um precedente judicial - na hipótese dos autos os recursos repetitivos REsp 1.614.721/DF e 1.631.485/DF (Tema 971) - apenas pode ocorrer após a aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*), a qual se refere a um método de comparação entre a hipótese em julgamento e o precedente que se deseja a ela aplicar.

A aplicação de tese firmada em sede de recurso repetitivo a uma outra hipótese não é automática, devendo ser fruto de uma leitura dos contornos fáticos e jurídicos das situações em comparação pela qual se verifica se a hipótese em julgamento é análoga ou não ao paradigma. Dessa forma, para a aplicação de um precedente, é imperioso que exista similitude fática e jurídica entre a situação em análise com o precedente que visa aplicar.

A jurisprudência deste STJ aplica a técnica da distinção (*distinguishing*), a fim de reputar se determinada situação é análoga ou não a determinado precedente. Nesse sentido: RE nos EDcl no REsp 1.504.753/AL, 3ª Turma,

Por sua vez, a técnica do *overruling* assenta-se na função de modificar ou até mesmo revogar determinado precedente judicial desde que estejam presentes determinadas situações especiais no caso concreto a ser analisado.

O *overruling* está previsto no artigo 926, § 4º, do CPC, onde diz que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

Como se percebe, um precedente judicial não é imutável e o *overruling* garante o dinamismo no entendimento das cortes, considerando que as razões das mudanças podem variar seja por questões sociais, econômicas, políticas ou jurídicas (OLIVEIRA JR, 2017, p. 14).

Outra técnica relevante de não aplicação do precedente é o *signaling*. Nesta técnica, o tribunal deixa de promover a superação imediata da *ratio decidendi*, mas indica que pode fazer em um futuro próximo.

A técnica da sinalização (*signaling*) tem caráter preventivo na medida em que antecipa uma possível superação da tese firmada em precedente anterior. Assim, há um debate sobre a imprescindibilidade da manutenção ou superação da *ratio decidendi*.

Como se observa, a técnica de sinalização (*signaling*) alerta os jurisdicionados bem como os magistrados que estão vinculados à aplicação da tese jurídica e estão mais livres para ressaltarem seus entendimentos, o que possibilita o amadurecimento da superação. (OLIVEIRA, 2017, p. 16).

Por fim, insta salientar que a mudança que entre modificar e revogar totalmente tem outras técnicas como forma de evolução do precedente, como por exemplo, superação parcial (*overturning*) mediante as respectivas transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*), uma vez que a superação ou revogação total deles (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) (ROCHA, 2018, p. 87).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou no presente estudo, a influência *do common law* no processo civil brasileiro não é recente. Verifica-se desde da Constituição Imperial de 1891 a figura do controle incidental de constitucionalidade (*judicial review*), passando por todo século introduzindo institutos eminentemente de origem anglo-saxão em nosso ordenamento enraizado no *civil law*. Entretanto, com os aumentos de milhares de processos desaguando nos STF e STJ, o legislador, principalmente pela com a introdução das súmulas vinculantes e as sistemáticas dos recursos repetitivos e repercussão até chegar ao Código de Processo Civil de 2015, foi introduzindo figura de precedentes judiciais obrigatórios como forma de uniformizar a jurisprudência e trazer maior segurança jurídica à sociedade.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil deixa claro que tem como escopo gerar um processo mais célere, mais justo, mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo, com ferramentas como incidentes de julgamento de conjunto de demandas repetitivas juntamente com outros institutos já criados e citados, como súmula vinculante, pautase na força do precedente judicial como forma de estabilizar as relações jurídicas e dar mais celeridade ao processo.

Ao decorrer do trabalho, verificou-se que houve cinco produções normativas referentes aos institutos do *common law*, como o modelo *oral adversary hearings*, na aplicação da audiência de conciliação e mediação, o *case management*, na aplicação do negócio jurídico processual, a intervenção do *amicus curiae* em qualquer espécie de processo, o *cross-examination*, que permite às perguntas diretamente às testemunhas pelos advogados, e aplicação do *stare decisis*, na obrigatoriedade dos precedentes judiciais aos tribunais judiciais, bem como os dois principais mecanismos de modificação e superação de precedentes, o *overruling* e o *distinguishing*.

De um modo geral, conclui-se que o alargamento dos institutos do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, vemos a convergência entre os dois modelos (*common e civil law*) como tendência no processo civil brasileiro uma vez que ainda temos caminhado a passos largos à doutrina do *stare decisis*, isso não significa necessariamente o abandono do



positivismo normativo, onde o juiz deve ainda submeter a norma no caso concreto.

Entretanto, é necessário ponderar que o sincretismo entre os sistemas é uma tendência, e aparentemente, oferece instrumentos para o desenrolar de um sistema melhor mais justo, célere e eficácia sem perder de vista a segurança jurídica advinda de uma lei ou de um precedente obrigatório, estando perfeitamente em harmonia com o nosso ordenamento jurídico.

Denota-se que aproximação do *common law* do processo civil brasileira visa dar um maior dinamismo ao processo tornando mais efetivo nos dias atuais e vendo no instrumento do *stare decisis* uma forma de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, CPC (LGL\2015\1656), 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em 11.03.2022.

BRASIL, STJ, 2021, Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736008&num\\_registro=201800435657&data=20180816&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736008&num_registro=201800435657&data=20180816&formato=PDF), acesso em 25/04/2022.

COSTA NETO, J. W. B. Da, Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: Somos Ainda Civil Law? **Revista de Processo** | vol. 258/2016 | p. 387 - 418 | Ago / 2016.

DIDIER JR, F.et al. Precedentes. Salvador: Editora Juspodivum, 2016, p. 206.

GAJARDONI, F.F, A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, **Revista de Processo** | vol. 163/2008 | p. 161- 177 | set/ 2008.

GRECO, L. **Instituições de processo civil**, volume I. 5a ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

HASELOF, F. U. Jurisdição mista - Civil law - Common law, **Revista de Processo** | vol. 270/2017 | p. 385 - 406 | Ago / 2017.

MARINONI, L. G. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo** | vol. 172/2009 | p. 175 - 232 | Jun / 2009.

MARINONI, L.G, **Precedentes obrigatórios**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, P. P. C, . O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. **Revista Universitas Jus**, v. 26, n. 2, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842]. Acesso em: 14.04.2022, 2022.

OLIVEIRA JÚNIOR, D. M. De. Influência de Técnicas Do Common Law Na Teoria Brasileira Dos Precedentes Judiciais. **Revista de Processo** | vol. 270/2017 | p. 313 - 351 | Ago / 2017.

ROCHA, L.B, A Teoria do *Overruling* à Luz de Robert Alexy: Direitos Fundamentais, Consenso e Superação de Precedente, **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, 54, dez.2018

SILVA, M. E. F. Da. A Teoria dos Precedentes no Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho** | vol. 204/2019 | p. 119 - 150 | Ago / 2019

WAMBIER, T. A. A, Interpretação Da Lei e de Precedentes: Civil Law e Common Law. **Revista dos Tribunais** | vol. 893/2010 | p. 33 - 45 | Mar / 2010.

